نجيمي جمال

قانون الأسرة الجزائريّ
دليل القاضي والمحامي

مادّة بمادّة

عَلى ضَوْءِ أحكَامِ الشَّريعَةِ الإسْلاميَّةِ
وَالاجْتهَادِ القضَائيِّ



طبعة 2018





نجيمي جمال

قَانُونُ الأُسْرَةِ الْجَزَائِرِيّ

دَلِيلُ الْقَاضِي وَالْمُحَامِي

(مَادّةً بمَادَّة)

عَلَى ضَوْءِ أَحْكَامِ الشّرِيعَة الإسْلامِيّة والاجْتهَاد القَضَائِيّ

الطّبْعَة الثّالثَة مُنَقّحَةٌ وَمَزِيدَة



– صنف : 5/557

– الإيداع القانوني : **السداسي الأول 2016**

– ردمك : ISBN :978–9931–03–193–2

www.editionshouma.com
email:Info@editionshouma.com

بسْم اللّه الرّحْمن الرّحيم

الْفَهْرَس

بسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيم

مَدخلٌ تمْهيديٌ حَوْلَ الاخْتصَاص الإقْليميّ وحَوْلَ تنازُع القوَانين في مادَة شؤُون الأسْرَة

أوّلاً - حَوْلَ الاخْتصَاص الإقليمِي :

◄ المَادَة 40 من قَانُون الإجْراءَات المَدنيّة والإداريّة :

{فضلاً عمَّا ورَدَ في الموادّ 37 و38 و46 منْ هذا القانون، تُرفعُ الدَّعاوَى أمامَ الجهات القضائية المبيَّنَة أدناهُ دون سواها :

1-.../...

2- في موادّ الميراث، دعاوَى الطّلاق أوْ الرّجوع، الْحضانة، النّفقة الغذائية والسّكن، على التّوالي : أمَام المحْكمة التي يَقَعُ في دائرة اختصاصها موْطنُ المتوفَّى، مسْكنُ الزّوْجية، مكانُ مُمارسة الحضانة، موْطنُ الدّائن بالنّفقة، مكانُ وُجود السَّكن}.

◄ المقْصُودُ بمنْزل الزّوْجيّة هو مَنْزلُ الزّوْج = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شؤُون الأسْرَة بتَاريخ 1984/04/02 فَصلاً في الطّعن رَقم 32653 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عَددهَا رَقم 2/1989 الصّفحَة 59 وَقد جَاءَ فيه ما خلاصته : {متى كانَ من المقرّر شرْعًا، وعلى ما جرَى به قضاءُ المجْلس الأعلى، أنّ الشّريعَة الإسْلاميّة تفْرضُ على الزّوْجة الالْتحاقَ بمنْزل زوْجها فإنّ القضاء بمَا يُخالفُ أحْكامَ هذا المبْدأ يُعدُّ خرقاً لقاعدة مقرّرة شرعًا. إذا كانَ الثابتُ شرعًا أنّ المحلّ الزّوْجي هو منْزلُ الزّوْج وليْسَ منْزلُ الزّوْجة فإنَّ قضاة الاستئناف بقضائهم عكسَ ذلك خرقوا قاعدةً مقرّرةً شرعًا وعملاً}.

◄ المادّة 426 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة :

{تكونُ المحكمةُ مختصّةً إقليميا :

1- في موْضوع العُدول عن الخِطبة بمكان وُجود موْطن المدّعى عليه،

2- في موْضوع إثبات الزّواج بمكان وُجود موْطن المدّعى عليه،

3- في موْضوع الطّلاق أو الرّجوع بمكان وجود المسْكن الزوْجي، وفي الطّلاق بالتّراضي بمكان إقامة أحد الزّوْجيْن حسْب اختيارهما.

4- في موْضوع الحضانة وحقّ الزّيارة والرُّخص الإدارية المسلّمة للقاصر المحضُون بمكان مُمارسة الحضانة،

5- في موْضوع النّفقة الغذائية بموْطن الدّائن بها،

6- في موْضوع متاع بيْت الزّوْجية بمكان وُجود المسْكن الزّوْجي،

7- في موْضوع التّرخيص بالزّواج بمكان طالب التّرخيص،

8- في موْضوع المنازعة حوْل الصّداق بمكان موْطن المدّعى عليْه،

9- في موْضوع الولاية بمكان مُمارسة الولاية}.

← قرار المحكمة العُليا الصّادر عنْ غُرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 1986/12/29 فصلاً في الطّعن رقْم 44041 (منْشُور بالمجلّة القضائية، العدد 1994/2، الصّفْحة 51) وقد جاء فيه : {المبْدأ : منَ المُقرّر قانُونا أنّ الاختصاص المحلّي للجهة القضائية في دعاوى الطّلاق أو العوْدة إلى مسكن الزّوْجية يكونُ أمام المحكمة التي يقعُ في دائرة اختصاصها مسكنُ الزوجية، ومنْ ثمّ فإنّ القضاء بما يُخالفُ هذا المبْدأ يُعدّ خرقًا للقانون. ولمّا كانَ الثّابتُ، في قضيّة الحال، أنّ السّكن الزّوْجي يقعُ بدائرة الحساسنة بولاية سعيدة وأنّ الطّاعن دفعَ بعدم الاختصاص المحلّي أمام محْكمةِ تيارت ثُمّ

مجلسها فإنّ قضاة المَوْضوع الّذين لمْ يستجيبوا لدفع الطّاعن يكونوا قد خرقوا القانون}.

← الاختصاصُ المحلّي ليْسَ من النّظام العَام = قرار المَحكَمة العُليَا الصّادر عَنْ غرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2009/01/14 فصلاً في الطّعن رَقم 474956 (مَنشور بالمَجلّة القضائية، العَدَد 2/2009، الصفْحَة 271) وَقَد جاءَ فيه :

«الوْجه الأوّل : مأخوذٌ من عدم الاختصاص وتجاوُز السّلطة.

وذلك لأنّه بالرُّجوع إلى وقائع القضيّة نُلاحظُ أنَّ محكمة سكيكدة قِسْمَ الأحوال الشّخصيّة قدْ خَرقتْ نصّ المَادّة 08 من قانون الإجراءَات المدنية، لأنَّ المحكمةَ المختصّة هيَ مكانُ وُجود مقرّ الزّوْجية، وأنّ الطّرفيْن لا زالوا يتنازعُونَ أمام المحاكم الفرنسيّة.

عن الوجْه الأوّل : حيث وبالإطّلاع على الحُكْم محلّ الطّعن ومسْتندات قضية الْحَال نلاحظُ أنّ الطاعنةَ لمْ تطالبْ أمام قاضي أوّل درجة بعدم اختصاص محْكمة سكيكدة بقضيّة الحَال.

حيث أنّ عدم الاخْتصاص المحلّي، لا يُعَدّ من النّظَام العَامّ بَلْ يُمْكن تجاوُزُهُ إذا لمْ يتمسّكْ به أحدُ أَطْرافِ القضيّة بدايةً، مما يجعلُ الوَجْه الأوّلَ غير مؤسّس يتوجّبُ ردُّه».

← المحكمةُ المختصّة بتسْجيل الميلاد = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2007/02/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 377950 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 2/2007، الصّفْحَة 475) وَقَد جاءَ فيه : {الْمَبْدأ : محكمَةُ مكان الولادة هي المختصّةُ محليًا بالمنازعات ذات الصّلة بتسْجيل الميلاد}، اعتمادًا على أحْكام الْمَادّة 61 من قانون الحالة المدنية والمادّة 8 من قانُون الإجراءَات المَدَنيّة (القديم).

← الاختصاصُ المحلّي من النّظام العامّ بالنّسبة لعُقود الحالة المدنية المبرمة بالخارج = قرارُ المحكمة العُليا الصّادر عن غرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 2012/01/12 فصلاً في الطّعن رَقم 654531 (منشور بالمجلّة القضائية، العدد 2/2012، الصّفحة 243) وقد جاء فيه : {المَبدأ : الاختصاصُ الإقليميّ في شأن مسائلِ الحالة المدنيةِ من النّظام العامّ. محكمةُ الجزائر هي المختصّةُ بتسْجيلِ زواجٍ عرفي واقعٍ في بلدٍ أجنبيّ} ، وجاء في حيثيّات القرار :

"وبالتّالي فإنّهُ إضافةً إلى أنَّ النيابةَ استأنفت الحُكْمَ اعتمادًا على أنّ الزّواجَ وقعَ في المغرب ودَفَعَتْ بعدم الاخْتصاص وهي بذلك تقصد الاختصاص الإقليمي، فإنَّ عدم تسجيل الزّواج الواقع في بلدٍ أجنبي بسبب عدم التّصريح به فإمّا أنْ يُسجَّلَ في البلد الواقع فيه إذا كان القانونُ المحلي يَقبلُ التصريحات المتأخّرة، أو الْحُصُولُ على الحكْم بالتّسْجيل منْ رئيس محْكمة الجزائر يَقْضي بتسْجيله في السّجلاّت القُنْصلية وفْقًا لأحْكام الْمَادّة 99 من قانون الحالة المدنية، وأنَّ قضاةَ المجْلس بقضائهم بعدم الاخْتصاص الإقليمي قد طبّقُوا صحيح القانون لأنَّ الاخْتصاص الإقليمي بشأْن المسائل المتعلّقة بالحالة المدنية رَاعَى المشرّعُ في تحديده اعتباراتٍ تنْظيميةٍ تتعلّقُ بحسْن سَيْر العدالة وتقتضيها مصلْحةُ النّظام العامّ ويكونُ بذلك الاختصاصُ الإقليميّ بشأْن هذه المسائل من النّظام الْعامّ استثناءً من الْمَبْدَأ، وبإمْكان القُضاة إثارتُهُ من تلْقاء أنْفُسهم، مما يجعلُ الوجْهَ غيْر سديد مُسْتوْجبَ الرّفْض".

ثانيًا - حولَ تنازُعِ القْوَانِين :

في حَالِ تنازُعِ القوانين (بيْنَ الدّول) فيمَا يتعلّقُ بصحّةِ الزّوَاج وانحلالِه تُطبّقُ أحْكَامُ القانُون المَدَني الجَزائري :

• الْمَادّة 11 (عُدِّلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005) :

يَسْري على الشّروط المَوْضُوعيّة الخاصّة بصحّة الزّواج القانونُ الوطنيُّ لكلٍّ من الزوْجيْن.

• الْمَادّة 12 (عُدِّلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005) :

يَسري قانونُ الدّولة التي يَنتمِي إليْهَا الزّوْجُ وقْتَ انعقادِ الزّواجِ على الآثار الشّخْصية والمالية التي يُرتّبُها عقْدُ الزّواج.

ويَسْري على انْحلال الزّوَاج والانْفصالِ الجسْماني القانونُ الوطنيُّ الذي ينتمِي إليْهِ الزّوْجُ وقتَ رفْع الدّعوَى.

• الْمَادّة 13 :

يَسري القانونُ الجزائري وحْدَهُ في الأحْوال المنْصُوص عليها في المادّتين 11 و12 إذا كانَ أحدُ الزّوْجيْن جزائريًّا وقتَ انعقاد الزّواج، إلاّ فيما يخُصُّ أهْليّة الزّواج.

← يَعُودُ الاختصاصُ إلى القضاءِ الجزائريّ في حالةِ الطّلاقِ بيْنَ زوْجيْنِ جزائرييْنِ يُقيمَانِ بالْخَارج = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1993/06/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 91144 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/1994، الصّفْحَة 63) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقرّر قَانُونًا أنّ دعاوَى الطّلاق أو العوْدة إلى مسْكن الزّوْجية تُرفَع أمام المحكمة التي يقعُ في دائرة اختصاصها مسكنُ الزّوجية، أمّا في حالة الإقامة ببلدٍ أجنبي فيَسْري على انحلال الزّواج القانونُ الوطنيّ الذي ينْتمِي إليْهِ الزّوْجُ وقتَ رفْع الدّعوى. ولمّا كانَ الثّابتُ، في قضيّة الْحَال، أنّ طَرَفَيْ النّزاع يُقيمَان في بلدٍ أجْنبي فإنّه لا يمْكنُ التّخلّي والامْتناع على الفصْل في النّزاع القائم بيْن جزائرييْن لصالح قُضاةٍ أجانب، وأنّه بإجابة قضاة

المَوْضُوع على الدّفع المتعلّق بعدم اختصاص القضاء الجزائري يكونوا قدْ أعطوْا تعليلا كافيًا لقرارهم}.

← وأكّدتْ ذلكَ في قرَارٍ آخرَ = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصية بتَاريخ 1992/10/27 فَصلاً في الطّعن رَقم 86305 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 1/1995، الصّفْحَة 123) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقرّر قَانونًا أنّه يَسْري على انحلال الزّواج القانونُ الوطني الذي ينْتمِي إليْه الزّوْجُ وقْتَ رفْع الدّعْوى. وأنَّ موْطنَ كلّ جزائري هو المحلُّ الذي يُوجدُ فيه سُكنَاهُ الرّئيسي، وعنْد عدم وجود سُكنى يَحلُّ محلّه مكانُ الإقامة العادي. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ المتخاصمَيْن جزائريٌّ وجزائريةٌ يقيمَان مؤقّتاً ببلدٍ أجنبي، وطلبَا التّقاضي أمامَ محْكمةٍ جزائريةٍ فإنّ قضاةَ المَوْضُوع عندما قضَوْا بعدم الاختصاص المحلّيّ فإنّهُم بذلكَ قد دفعُوا الطّرفين للتّقاضي أمامَ القضاء الأجْنبي، وأنَّ المسألة تتعلّق بسيادة القانون الوطني، ممّا يتعيّنُ نقضُ وإبْطالُ قرارهم المطْعون فيه}.

← وأكّدَتْ ذلكَ في قرارٍ آخرَ = قرَارُ المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1993/06/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 91671 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1994، الصّفْحَة 72) وَقَد جَاءَ في حيثياته :

{عن الوجه الأول المأخُوذ من عدم اختصاص القَضاء الجزائري وخَرق القانون في المَادّة 8 من قانُون الإجرَاءَات المَدَنيّة :

لكنْ وحيْثُ أنّ الحُكمَ المسْتأنَفَ المؤيَّدَ بالقرار المطعون فيه برّر بما فيه الكفاية اختصاصَ محكمة بئر مُراد رَايس للفصْل في دعوَى الطّلاق المرفوعَة أمامهَا من طرفِ الزّوْج (المطعون ضدّه)، وقد جاء في إحدى حيثيّاته على الخُصوص (وأن المَادّة 8 من قانُون

الإجراءات المَدَنيّة تقصد في معانيها المساكن الزّوْجية الموْجودة في التّـراب الـوطني للجمْهورية الجزائريـة، إضـافةً إلى أنّ القاضـي الجزائري لا يتنازلُ عن الفصْل في مثل هذه الدّعاوَى (دعوَى الطّلاق) إلى القاضي الفرنسي)، وهي حيْثيّة مُنْسَجمةٌ مع التّشريع الجزائري حيْثُ نصّت الْمادّة 10 من القانُون المَدَني قائلة : (تَسْري القوانينْ المتعلّقةُ بالحالة المدنية للأشْخاص وأهْليّتهم على الجزائريّين ولوْ كانوا مُقيمين في بلادٍ أجْنبية)، كمَا نصّت الفقْرةُ الأخيرة من الْمَادّة 12 من القانُون المَدَني على أنْ (يَسْري على انْحلال الزّوَاج القانونُ الوطني الذي ينْتمي إليْه الزّوْجُ وقْتَ رفْع الدّعوَى)، وبذلك فقدْ تحدّدَ القانونُ الواجبُ التّطبيق على النّزاع الحالي بمقتضى هاتيْن المادّتين وهو القانونُ الوطني للجمْهورية الجزائرية، ووُجُوبُ تطْبيق القانون الوطني يتطلّبُ بالضّرورة الالْتجَاءُ إلى المحاكم الجزائرية لتطبيقه، إذْ أنّ القوْلَ بغيْر ذلك قدْ لا يَسْمح بتطْبيقه على النّزاع في حالة القوْل بعدم الاختصاص طبْقا لما تسعَى إليه اليوْم الطّاعنةُ في إعطاء الاختصاص لمحاكم أجْنبية غير ملزمَةٍ بتطْبيقِ القانونِ الجزائري، هذا فضْلاً عنْ أنّ الاخْتصاصَ المحلّي الذي تنظّمُهُ الْمَادّة 2 من قانُون الإجْرَاءَات المَدَنيّة الْجزائري إنّمَا يخُصُّ المحاكمَ الجزائرية دون غيرها، فلا يُعقلُ أنْ تتخلّى المحاكمُ الجزائرية عن اختصاصها لفائدة محاكمَ أجنبيةٍ والحالُ أنّ القانونَ الجزائري هو الواجبُ التّطْبيق، فالقاضي الابتدائي بقضائه باختصاصه محلّيا يكونُ قدْ برَّر شَرْعًا وقانونًا وطبّقَ أحكامَ الْمَادّة 8 من قانُون الإجرَاءَات المَدَنيّة تطبيقًا سليمًا وبقطع النّظر عنْ تواجد السّكن الزّوْجي بدائرة اختصاص المحْكمة أوْ عدم تواجده، والقرارُ المطْعونُ فيه بتأْييده للحُكْم المسْتأنَفِ فيما يخصُّ الجوانب المادية فيه يكون قد تبنَّى أسْبابَهُ ويُرفَضُ الوَجْه الأوّل.

وعن الوجه الثاني : المأخوذ من إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات المنصوص عليها بالمادتين 35 من قانون الإجراءات المدنية (و) 49 من قانون الأسرة والمنوه به أعلاه :

لكن وحيث أنّ الحكمَ المستأنفَ فيما قضى بالطّلاق يصدرُ غير قابلٍ للاستئناف كما نوّه بذلك القرارُ المطعونُ فيه ذاته في حيثياته عملا بالمادة 57 من قانون الأسرة، فالدّفعُ بعدم احترام إجراءاتِ الصُّلح المنصوص عليها بالمادة 49 من قانون الأسرة وكذا الدّفعُ بعدم احترام المادّة 35 من قانون الإجراءات المدنيّة عند الاقتضاء لا تثارُ أمام المجْلس ما دام القضاءُ بالطّلاق لا يَقبَلُ الاستئنافَ بلْ يقبلُ الطّعنَ بالنّقض فقطْ، ويُرفضُ الوَجْه الثاني}.

← يَعُودُ الاختصاصُ إلى القضاءِ الجزائريّ في حالة الطّلاق بيْن زوْجيْن إيطاليَيْن ما دامت الجنْسيةُ الجزائريّةُ للزّوْجة قائمةً (مُزدوجَة الجنْسيّة) = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 1998/02/17 فَصلاً في الطّعن رَقم 170082 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/2000، الصّفْحَة 167) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا أنه «يَسْري قانونُ الدّوْلةِ التي ينْتمِي إليْها الزّوْجُ وقْتَ انْعقاد الزّواج على الآثار التي يُرتّبُها عقْدُ الزّواج فيما يعودُ منها إلى المال - ويسْرى على انحلالِ الزّواج القانونُ الوطني الذي ينْتمِي إليْه الزّوْجُ وقت رفع الدّعوى»، ومن المقرّر أيضًا أنه «يَسري القانونُ الجزائري وحدَه في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كانَ أحدُ الزوجين جزائريًّا وقتَ انعقاد الزواج، إلا فيمَا يخصّ أهلية الزواج»، ومن ثمّ فإنّ القضاءَ بخلاف هذيْن المبدأيْن يُعدُّ مخالفًا للقانون.

ولمّا كانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أَنّ المحكمةَ لما قَضتْ بتطْبيق القانونِ الإيطاليّ على القضيّة الحاليّة المتعلّقةِ بالطّلاقِ بيْن زوْجة جزائرية وزوْج إيطاليّ بدلاً من القانون الجزائري، لِكوْن الزّوجة

جزائرية الأصل ولمْ يثبت نزْعُ جنسيّتها الأصْلية منها رسْميا بعد حصولها على الجنْسية الإيطالية، خالفوا القانونَ وأخطأوا في تطبيقه}.

➜ ولكنْ = قرار المحكمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2008/03/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 402333 (منشُور بالمَجلّة القضائية، العَدد 1/2008، الصّفْحة 257) وَقد جاءَ فيه: {المَبْدأ: لا يختصّ القضاءُ الجزائريّ بالمنازعات المنْصبّة على الْجوانب الماديّة للطّلاقِ القائمةِ بين زوْجَيْن جزائرييْن مُقيمَيْن في دولةٍ أجْنبية}، وفي قضية الحال فإن القرارَ المطْعونَ فيه الصّادر عن مجْلس قضاء تيزي وزّو بتاريخ 2004/11/24 كان قدْ أيّدَ مبْدئيا الحكْمَ الابْتدائي المسْتأْنفَ أمامَه مع تخْفيض مبالغ التّعويض والنّفقة، وقدْ دفع الطّاعنُ بأنّ القضاءَ الفرنسي هو المختصُّ بالفصْل في الجوانب الماديّة باعتبار أنّ الطرفين يقيمَان في فرنسا، وأنّ القضاءَ الفرنسي قد فصل في مسائل نفقة المحضونين والسّكن، وقد سايرَهُ قرارُ المحكمة العليا بقوله:

«عن الوجه الأول: دون التعرّض لباقي الأوْجُهِ لكوْنه وَجيهًا:

وذلك لكون الطّاعنة والمطعون ضدّه ثَبَتَ - بإقرارِهما -بأنّهُمَا يقيمَان بفرنسا منْذ مدّةٍ طويلة.

حيْث ثبت من الاطّلاع على وثائق ملفّ قضيةِ الْحال ومستنداته أنّ المطْعونَ ضدّها كانت قدْ نشرت دعوَى استعجالية (بفرنسا) ضدّ الطّاعن حيْثُ يقيمان طالبتْ بواسطتها منْحَهَا نفقةً لها ولولدَيْهما، وقد قضت المحْكمةُ على الطّاعن بأنْ يُسلّمَ نفقةً شهْريةً للطّفلَيْن المشار إليها أعلاه.

وحيث ثبت أنّ الطّاعنَ والمطعونَ ضدّها يقيمان خارجَ التّراب الوطني، لذلك فإنّ القضاء الوطني (بالجزائر) غيرُ مختصٍّ بالفصلِ في

نفقة الإهمال، والنّفقة المعيشيّة، والمتاع، وبدل الإيجار، لأنّ هذه العناصر ملازمة لإقامة الأطراف ومكان تواجُدهم، ولذلك عملاً بأحْكام المادّة الثامنة فقرتها الخامسة والسّادسة من قانون الإجْراءات المدنية ولما قضى قضاة المَوْضوع لمجْلس قضاء تيزي وزّو بخلاف ذلك فإنّ قضاءهمْ جاءَ مخالفاً للقانون، وللمادّة الثامنة فقْرتها الخامسة والسّادسة من قانون الإجراءات المدنية».

← الْجزائريّ مُزْدوجُ الْجنْسيّة يُطبّقُ عليه الْقانُونُ الْجزائري = قرارُ المحكمة العُليا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2013/03/14 فصلاً في الطّعن رَقم 753902 (مَنشُور بالمجلّة القضائية، العَدد 1/2013، الصّفْحَة 282) وَقد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : القانونُ الجزائريّ هو الّذي يُطبّقُ إذا كانتْ للشّخص، في وقتٍ واحدٍ، بالنّسْبة إلى الجزائر الجنْسيةُ الجزائريةُ وبالنّسْبة إلى دولةٍ أوْ عدّة دولٍ أجْنبية جنْسيّةُ تلْكَ الدّول}.

← ضرورة مَهْر الْحُكْم الأجْنبيّ بالصّيغة التّنْفيذيّة = قرار المحكمة العُليا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2011/07/14 فصلاً في الطّعن رَقم 655755 (مَنشُور بالمجلّة القضائية، العَدد 2/2011، الصّفْحَة 298) وَقد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : استنادُ جهةٍ قضائيةٍ جزائريةٍ إلى حكْمٍ أجْنبي غيْرِ ممهْورٍ بالصّيغةِ التّنفيذية للفصْلِ في قضيةٍ معروضةٍ عليْهً خَرقٌ للسّيادةِ الوطنيةِ}. وفي قضيّة الْحال رفض قضاة المَوْضوع دعوى التّطْليق على أساس أنّ محكمةً فرنسيةً قد فصلتْ بالطّلاق بيْن الزّوْجين.

◄ ومن باب القياس : جاءَ في الفقْرة 2 من الْمادّة 128 من مُدوّنة الأُسْرَة المغربية : {الأحْكامُ الصّادرة عن المحاكم الأجنبية بالطّلاقِ أو بالتّطْليقِ أو بالْخلْعِ أو بالفسْخ، تكونُ قابلة للتّنفيذ إذا صدرت عن محْكمة مخْتصّة وأُسّست على أسبابٍ لا تتنافى مع التي

قرّرتها هذه المُدوَّنَة، لإنهاءِ العلاقةِ الزَّوْجية، وكذا العقودِ المبْرمةِ بالخارج أمام الضّباطِ والموظّفين العموميين المختصّين، بعد استيفاءِ الإجْراءاتِ القانونية بالتّذييل بالصّيغة التنفيذية، طبقا لأحكام الموادّ 430 و431 و432 من قانون المسْطرة المدنية}.

ثالثًا - ارْتِبَاطُ قَانُونِ الأُسْرَةِ بالْقَانُونِ المَدَنِي وبِقَانُونِ الإجْرَاءَاتِ المَدَنِيَّة

فيمَا يتعلّقُ بأحكَام النّسَب المنصوصِ عليها بالمواد 40 إلى 46 من قَانُون الأُسْرَة فإنهُ يتعيّنُ أيضًا الرّجوعُ إلى الأحكَام الإجرائية المتعلّقة بهذا النوع من المنازعَات، وقد ورد النّصُّ عليها في المواد 490 (و) 491 من قَانُون الإجْرَاءَات المَدَنِيّة وَالإدَاريّة، كما أنهُ في حال تنازُع القوانين من حيثُ المكَان (بين الدّول) بشأنِ منازعاتِ النّسَبِ فإنّه يتعيّنُ الرّجوعُ إلى أحكام المَادّة 13 مكرّر من القانُون المَدَني الجزائري.

ومجموع هذه النّصوص مذكورةٌ في هذا الكتابِ مباشرةً في أعقابِ الفصلِ المتعلّقِ بالنّسب (أيْ مباشرةً بعد المَادّة 46 من قَانُون الأُسْرَة).

وفيمَا يتعلّقُ بأحكَام الطلاقِ المنصوصِ عليها بالمواد 47 وما بعدها من قَانُون الأُسْرَة فإنه يتعيّنُ أيضًا الرّجوعُ إلى الأحكام الإجرائية المتعلّقة بهذا النوعِ من المنازعات، وقد ورد النّصُّ عليها في المواد 427 وما بعدَها من قَانُون الإجْرَاءَات المَدَنِيّة وَالإداريّة، وهي تتناولُ أحكامَ الطلاق بالتراضي، وأحكامَ رفع الدعوى إذا كان طلبُ الطلاق من أحد الزّوجين، وأحكامَ الصُّلْح، وأحكامَ تعيين الحَكَمَيْن (التحكيم)، وأحكامَ الطلاق والتطليق. ومجموعُ هذه النّصوص مذكورة في هذا الكتاب مباشرةً في نهاية الباب الثاني المتعلّق بانحلال الزواج (أيْ مباشرةً بعد المَادّة 80 من قَانُون الأُسْرَة).

وفيمَا يتعلّقُ بأحكام النّيابة الشّرعيّة (الولاية - الوصاية - التقديم - الحجر - المفقود والغائب - الكفالة) المنصوص عليها

بالمواد 81 إلى 125 من قانون الأسْرَة فإنه يتعيّنُ أيْضًا الرّجوعُ إلى الأحْكام الإجرائية المتعلّقة بهذا النوْع من المنازعات، وقد ورد النّصّ عليها في المواد 492 إلى 497 من قانون الإجْرَاءَات المَدَنِيّة وَالإدَارِيّة، وهي تتناولُ إجراءات الكفالة، وكذا المَادّة 13 مكرر 1 من القانون المَدَني المتعلقة بأثر الجنسية على الكفالة، ومجموع هذه النّصوص مذكورة في هذا الكتاب مباشرةً في نهاية الباب الثاني المتعلّق بانحلال الزواج (أيْ مباشرةً بعد المَادّة 125 من قانون الأسْرَة).

وفيمَا يتعلقُ بأحكام الميراث المنصوصِ عليها بالمواد 126 إلى 183 من قانون الأسْرَة فإنه يتعيّن أيضًا الرّجوعُ إلى الأحكام الإجرائية المتعلّقة بهذا النوع من المنازعات، وقد ورد النّصُّ عليها في المواد 498 (و) 499 من قانون الإجْرَاءَات المَدَنِيّة وَالإدَارِيّة، وهي تتناولُ أحكامَ الاختصاص المحلي واتخاذَ التدابير التحفّظية بشأن التركة، إلى جانب ما ورد في القانون المَدَني من أحكامٍ تتعلقُ ببيْع التركات وأحكام البيع في مرضِ الموْتِ كما هو منْصوصٌ عليها في المواد 404 إلى 408 من القانون المَدَني. ومجموعُ هذه النّصوص مذكورةٌ في هذا الكتاب مباشرةً في نهاية الكتاب الثالث المتعلق بالميراث (أي مباشرةً بعد المَادّة 183 من قانون الأسْرَة).

وفيمَا يتعلقُ بأحكام الوَصيّة المنصوص عليها في الفصل الأوّل من الكتاب الرابع في المواد 184 إلى 201 من قانون الأسْرَة فإنه يتعيّن أيضا الرّجوع إلى ما نصّ عليه القانون المَدَني بشأنها في المواد 775 إلى 777 منه. وهذه النّصوصُ مذكورة في هذا الكتاب مباشرةً في نهاية الفصل الأوّل من الكتاب الرابع (أي مباشرةً بعد المَادّة 201 من قانون الأسْرَة).

القانونُ رقم 84-11 المؤرّخُ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984

المتضمّن قانون الأُسْرَة، المعدّل والمتمّم.

معدلٌ بالأمر رقم 2005-02 المؤرخ في 2005/02/27.

نص تطبيقي : المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 2006/05/11.

- كان من المسْتحسنِ والمفيدِ جدّا لوْ أنَّ القانونَ حدّدَ مفْهُومَ المصطلحَات المسْتعملَةِ فيه لمنْعِ أيِّ اختلافٍ في التّفسيرِ أوْ التّأويل، على غرارِ قوانينَ أُخرَى سلَكَ فيها المشرعُ الجزائري هذا المنهج.

أَحكَامٌ عَامَّة

المَادّةُ الأُولى :
تَخضَعُ جَمِيعُ العَلاَقَات بَينَ أَفرَادِ الأُسْرَةِ لأَحْكَامِ هَذَا القَانُون.

❖ يتضمّنُ قَانُونُ الأُسْرَة النصوصَ القانونية التي تنظمُ وتحكمُ المواضيعَ التالية :

- مسَائلَ الزّواج وانحلاله،
- والنّسَب،
- والنيابَةَ الشّرعية بما تشملُه من ولايةٍ ووصايةٍ وتقديمٍ وحجر،
- وأحْكامَ المفْقودِ والغائب،
- وأحْكامَ الكفالة،
- وأحْكامَ الميراث،
- وأحْكامَ التبرّعَات (وصيّة - هبَة - وقْف).

الْمَادّة 2 :

الأُسْرَةُ هيَ الخَلِيَّةُ الأسَاسِيَّةُ للمُجتَمعِ وَتَتَكَوَّنُ من أَشخَاصٍ تَجْمَعُ بينَهُم صِلَةُ الزَّوْجيّة وصِلَةُ القَرَابَة.

➜ معنَى "أُسْرَة" في مُعْجم اللّغة العربية المعاصرة = أُسْرَة [مفرد] : جمع أُسُرَاتٍ وأُسْرَاتٍ وأُسَر :

1-عائلة، أهلُ الرَّجل وعشيرتُهُ "ذَهَبَ هو وأُسْرتُه إلى المصيف-أَسَّسَ أُسْرةً ناجحَةً" ؛ الأُسْرَةُ المالكة : أهلُ الملك أَوْ الملكة-ربُّ الأُسْرَة : عائلُهَا والمسئولُ عنهَا.

2-جمَاعةٌ يربطُهَا أمرٌ مشترك، الأُسْرَةُ التعليميَّة : العاملون في حقل التعليم"، أُسْرةُ اللُّغات السَّاميَّة : فصيلةُ اللغات الساميَّة-أُسْرةُ عمل : فريقُ عمل.

- وفقهاءُ الشّريعة يستْعملون مُصْطلحاتٍ مرادفةً وهي **الأَهْلُ وَالْعِيَالُ وَالآلُ**، ويَقْصدونَ الشّخْصَ ومَنْ يَعُولُ منْ زوْجٍ وفروعٍ وأُصول.

الْمَادّة 3 :

تَعتَمِدُ الأُسْرَةُ في حيَاتِهَا علَى التَّرَابُطِ والتَّكَافُلِ وَحُسْنِ المعَاشَرَةِ وَالتَّربيّة الْحَسَنَةِ وَحُسْنِ الْخُلُقِ ونَبْذِ الآفَاتِ الاجْتِمَاعيّة.

❖ تُذَكِّرُ هذه الْمَادّةُ بالأُسُسِ الصّحيحة التي تقوم عليها الأُسْرَة، وتستبعدُ أفْكَارَ التسلُّط والاسْتبدَاد التي قد تُولّدُهَا بعضُ التقاليدِ الاجتماعية في بعضِ الجهاتِ أو في بعضِ الأزْمنة، ويتعيّنُ الاستهداءُ بهذه القاعدة والرُّجُوع إليها عند مُعالجة أيّ اضطرابٍ في العلاقة بين الزّوْجيْن فيما بيْنهما أوْ فيما يتعلّق بمعالجة مسائل الْحضانة.

الْمَادّة 3 مُكَرَّر : (أُضِيفَتْ بالأَمْر رَقْم 02-05 المؤرَّخ في 27 فبْرَاير 2005)

تُعَدّ النِّيَابَةُ العَامّةُ طَرَفًا أَصْلِيًّا في جَمِيعِ الْقَضَايَا الرَّامِيَةِ إلَى تَطْبِيقِ أَحْكَامِ هَذا القَانُون.

← الطَّرفُ الأَصْلي في القضيّة هو الطّرفُ الذي لا يصحّ أنْ تنْعقدَ الخُصومةُ من دونه، من جهةٍ، ويَحقُّ لهُ تقْديمُ الدّفوع والطّلباتِ واسْتعمال طُرُقِ الطّعْن من جهةٍ أُخْرَى.

◄ لمْ يتطرّقْ قانُون الأُسْرَة لكيْفيّة تكْليف النيابة بالْحضور أوْ تبليغها بعريضة الدّعوى أوْ بمذكّرات الأطْراف، غيْر أنّ الْمَادّة 438 من قَانُون الإجْرَاءَات الْمَدَنِيّة وَالإدَاريّة في باب طلب الطّلاق منْ أحد الزّوْجين نصّت على أنّ على المدّعي أنْ يبلّغ رسْميا المدّعَى عليه والنيابةَ العامةَ بنسخةٍ من عريضةِ الدعوَى، وأَضافت الفقرةُ الثانيةُ بأنه يجوزُ له أيضًا تبليغُ النيابة العامة عن طريقِ أمانةِ الضبط. وبذلكَ يبقى هناكَ إبهامٌ وغموضٌ فيمَا يتعلقُ بالموضوع لأنّ المشرّع لمْ يحسمْ بصفةٍ واضحةٍ وصريحةٍ كيفيةَ تكليفِ أو تبليغ النيابة كقاعدةٍ عامة، ناهيكَ على أن ما جاءَ في الفقرة الثانية من الْمَادّة 438 كما هو مذكورٌ أعلاه لا يستقيمُ مع الواقع العملي لأنّ المتقاضين ليْست لهم سلْطة على أمانة الضّبط حتّى يطلْبوا منْها تبليغ النّيابة. ثُمَّ أنّ حضور ممثل النّيابة بقوّة القانون في تشْكيل محْكمة شؤون الأُسْرَة يفيد حتمًا اطّلاعه على كلّ قضايا الجدول.

← قبْل صدور هذا النّصّ كان الأمْر يقتصرُ على تبْليغ النّيابة العامّة بملفّات القضايا المتعلّقة بحالة الأشْخاص طبْقًا لأحْكام الْمَادّة 141 من قانُون الإجرَاءَات المَدَنيّة القديم (الأمر رقم 71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971) التي كانت تنص :

(يجب إطلاع النائب العام على القضايا الآتية :

1- القضايا التي تتعلّق بالدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والمصالح والهبات والوصايا لصالح الخدمات الاجتماعية،

2- القضايا الخاصّة بحالة الأشخاص،

3../..

وتُرسَل هذه القضايا الموضّحة آنفًا إلى النّائب العام قبل 10 أيام على الأقل من يوم الجلسة بواسطة كتابة الضبط.

ويجوز للنائب العام الإطلاعُ على جميع القضايا الأخرى التي يرى أن تدخله فيها ضروري ولاسيما القضايا الماسة بالنظام العام.

- ويجوز للمجلس القضائي أن يأمر من تلقاء نفسه بإرسال القضايا المذكورة إلى النائب العام.)

← إبْلاغُ النّائب العَامّ من النّظام العامّ = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1984/02/03 فَصلاً في الطّعن رَقم 34762 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العْدَد 4/1989، الصّفْحَة 108) وقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقَرّر قَانُونًا أنه يجبُ إبْلاغُ النّائب العامّ بالقضايا المتعلّقة بحالة الأشْخاص، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا المَبْدأ يُعَدّ خَرقًا لإجْراءٍ جوْهري وانتهَاكًا لقاعدة قانونية من قواعد النّظام العام. ولمّا كان قضاة الاسْتئناف وافقوا على حكْم قضى بالطّلاق دون إبْلاغ الملفّ المتعلّق به إلى النّائب العامّ فإنّهم بقضائهم هذا خرقوا أحْكام المَادّة 141 من قانُون الإجراءَات المَدَنيّة}.

← خرْقُ هذه القَاعِدة لا تُثَارُ إلا مِمّنْ تَقَرّرَت لمصلَحته (القُصَّر) = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغُرفَة المدنية بتَاريخ 1983/01/19 فَصلاً في الطّعن رَقم 26598 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العْدَد 1/1989،

الصفْحَة 37) وقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يُعتبر إطلاعُ النيابةِ العامّة على الملفاتِ الخاصة بالقصّر قاعدة جوهرية أوجبتها المَادّة 141 من قانُون الإجراءَات المَدَنيّة رعايةً لمصالح عديمي الأهلية والأحداث. ومن ثمّةَ وَجَبَ اعتبارُ الوجه المثار من طرف الخصوم والمأخوذ من خرقِ هذه القاعدة صادرٌ ممن ليست له الصفة في التمسكِ به، وبالتالي يُعَدُّ مرفوضًا، ذلكَ أنّ الوسيلةَ المقررةَ قانوناً لا يستفيدُ منها إلا مَن تَقرَّرت لمصلحته}.

← النيَابةُ كطَرَفٍ أصْليّ = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/10/11 فَصلاً في الطّعن رَقم 401317 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العْدَد 2/2007، الصّفْحَة 489) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يجبُ إطْلاع النيابة العامّة، باعتبارهَا طرفاً أصليًّا، على قضايا الأحوال الشخصية}، وجاءَ في حيثيات القرار أنّ الحُكمَ المطعونَ فيه صدر دون أنْ تَطّلع النيابةُ العامة على ملف القضية، ولمْ يَقُم القاضي بإجراء محاولة صلْح بين الأطراف أو دعوتهما إليه قبل الفصل في الدعوى بالطلاق.

◄ وَجَاءَ في المَادّة 3 من مُدوّنَة الأُسْرَة المغْربيّة : "تُعتبَر النيابةُ العامة طرفاً أصليًّا في جميع القضايا الرّامية إلى تطبيقِ أحكامِ هذه المُدوَّنَة".



الْكِتَابُ الأَوَّلُ - الزَّوَاجُ وانْحِلاَلُه

الْبَابُ الأَوَّلُ - الزَّوَاج

الْفَصْلُ الأَوَّلُ - الْخِطْبَةُ والزَّوَاج

الْقِسْمُ الأَوَّلُ - فِي الْخِطْبَةِ (Des fiançailles)

الْمَادّة 4 : (عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005)

الزَّوَاجُ هُوَ عَقْدٌ رِضَائِيٌّ يَتِمُّ بَيْنَ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ عَلَى الوَجْهِ الشَّرْعِي، مِنْ أَهْدَافِهِ تَكْوِينُ أُسْرَةٍ أَسَاسُهَا المَوَدّةُ وَالرَّحْمَةُ وَالتَّعَاوُنُ وإِحْصَانُ الزَّوْجَيْن والمحَافَظَةُ عَلَى الأَنْسَاب.

❖ الْمَادّة 4 تتعلقُ بتعريفِ عقْدِ الزّواج، وكانَ الأوْلَى أنْ ترد في مُسْتهلّ القسْم الثاني الموالي والمتعلّق بالزّواج وأحْكامه.

➜ وقَدْ كَانَتْ هذه المادّة مُحَرّرَةً في ظلِّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤَرّخ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{الزّواجُ هو عقْدٌ يتمُّ بيْن رجُلٍ وامْرأةٍ على الوجْهِ الشّرْعي، من أهْدَافه : تكْوِينُ أُسْرَةٍ أسَاسُهَا المودّةُ والرّحْمةُ والتّعاونُ وإحْصانُ الزّوْجيْن والمحافظةُ على الأنْسَاب}.

- يُعَرِّفُ فقهاءُ الشّريعَةِ الإسْلاميّة الزوَاجَ عُمُومًا بأنهُ عقدٌ رضَائيٌّ بين رجُلٍ وامرأةٍ يُفيدُ حِلَّ استمتَاعِ كل منهُمَا بالآخَرِ على الوَجهِ المشْرُوع، وهوَ مُلْزِمٌ لطرَفَيْه، ومنْ خصَائصهِ الدّوَامُ والتّأبيد، ونصُّ القانونِ قد أضَافَ إلى التّعريفِ الغايةَ من العقْدِ للتوْضيح، ويُطلَق على الزّواجِ أيْضًا : النّكَاحُ والوَطْءُ.

- ومن تعاريفه في المذهب المالكي أنّ الزّواج : {عقدٌ لحلِّ تمتّعٍ بأنثى، خاليةٍ من مانعٍ شرعي، بصيغةٍ، لقادرٍ} كما جاء في كتاب "بلغة السالك لأقرب المسالك" المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير للشيخ أبي العباس أحمد الصاوي.

وعند جمهور فقهاء الشّريعة الإسلاميّة أنّ الزّواج مُستحبٌ وليس بواجب، وحكمةُ النّدبُ (مندوب) لقولهِ صلى الله عليه وسلم : {تناكحوا تناسلوا فإنّي مُكاثرٌ بكمُ الأممَ يومَ القيامةِ} وقوله : {يا معشرَ الشّباب مَنْ استطاعَ منكمُ الباءةَ فليتزوّجْ، فإنّهُ أغضُّ للبصرِ وأحصنُ للفرجِ، ومَنْ لمْ يستطعْ فعليهِ بالصّوْمِ فإنّهُ لهُ وِجاءٌ}، والأصلُ هو الاقتصارُ على زوجةٍ واحدةٍ والاستثناءُ هو تعدّدُ الزوجاتِ في حدود الأربع وبشرطِ العدل.

- يُستحسنُ شرْعًا التستّرُ على الخِطبةِ وإشهارُ عقد الزّواج، رعايةً لمصالح الطرفين وخصوصًا الزوجة.

- من خصائصِ الزواجِ التأبيدُ، فلا يصحُّ تحديدُه بمدةٍ طالتْ أمْ قصُرَتْ.

الْمَادّة 5 : (عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005) الْخِطبَةُ وَعْدٌ بالزّوَاج. يَجُوزُ للطّرَفَين العُدُولُ عَن الْخِطبَة. إذا تَرتبَ عن الْعُدُولِ عن الْخِطبَةِ ضَرَرٌ مَادّي أَوْ مَعْنَويّ لأَحَد الطّرَفَيْن جازَ الحُكْمُ لهُ بالتّعْويض. لا يَسْتَردُّ الخَاطِبُ من المخْطُوبَة شَيْئًا ممَّا أَهْدَاهَا إنْ كَانَ العُدُولُ منهُ، وَعلَيْه أَنْ يرُدَّ للْمَخْطُوبَة ما لَمْ يُسْتَهلَكْ ممَّا أَهْدَتهُ لَهُ أَوْ قيمتَه.

وإنْ كان العُدولُ من المخْطوبَة ، فعلَيْها أنْ ترُدَ للخاطِبِ ما لَمْ يُستَهلكْ من هدايا أوْ قيمتَه.

➜ وقَدْ كانَتْ هذه المادّة مُحرَّرَةً في ظلِّ القانُونِ رقم 84-11 المُؤرّخ في 9 يُونيو 1984 كمَا يلي :

{الخِطبَةُ وعْدٌ بالزّواج ولكلٍّ من الطّرفينِ العُدُولُ عنْها.

- إذا ترتّبَ عن العُدُولِ ضَرَرٌ ماديّ أوْ معْنوي لأحدِ الطّرفينِ جازَ الحُكْم بالتّعويض،

- لا يَسْترِدُّ الخاطبُ شيئًا مما أهداهُ إنْ كَانَ العُدُولُ منْه ،

- وإنْ كان العُدُولُ من المخْطُوبَة ، فعليْها ردُّ مَا لمْ يُسْتهْلَكْ}.

➜ المعنى اللّغوي للْكلمة :

❖ في المعْجَم الوَسيط = {خَطَبَ : خَطَبَ النَّاسَ، وفيهم، وعليهم خَطَبَ خَطَابَةً، وخُطْبَةً : (بضمّ الخاء) ألقَى عليهم خُطْبَةً. وخَطَبَ فلانَة، خَطْبًا، وخِطْبَةً (بكسر الخاء) : طلبَها للزَّواج ؛ ويُقالُ : خطَبَها إلى أهلها : طلبهَا منهُم للزَّواج، وخَطَبَ كذا طَلَبَهُ منه، ويُقَالُ : خطَبَ وُدَّهُ، فهو خَاطِبٌ والجمعُ : خُطَّابٌ. وفي المثل : -ذَهَبَ خاطِبًا فتزوّج = يُضْرَبُ لمن يَطلُبُ القليلَ فيَظْفَرُ بالْكثير}.

❖ وفي مُختار الصّحاح = {خ ط ب = الخَطْبُ : سَبَبُ الأَمر، تقولُ ما خَطْبُكَ أيْ مَا أَمْرُكَ، وتقولُ هذا خَطْبٌ جَليلٌ وخطْبٌ يَسيرٌ وجَمعُهُ خُطُوبٌ ؛ وخَاطَبَهُ بالكلام مُخَاطَبَةً وخِطَاباً، وخَطَبَ على المنبرِ خُطْبَةً (بضم الخَاء) وخَطَابَةً، وخَطَبَ المرأةَ في النِكَاحِ خِطْبَةً (بكسر الخاء) يَخْطُبُ بضم الطاء فيهما، واخْتَطَبَ أيضًا فيهمَا، وخَطُبَ من باب ظَرُفَ صار خَطِيباً}.

❖ واصطِلاحًا : الخِطبَةُ هي التمَاسُ أو طَلَبُ الزواج، وهي مُقدِّمَةٌ لَهُ وليست من شُرُوطِهِ، فحكمُها الإباحَةُ إذْ يصحُّ الزّواجُ دون خِطبة.

➜ لا يَستردُّ الخاطبُ ما أَهْداهُ إنْ كانَ العُدُول منْه = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1991/04/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 73919 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/1993، الصّفْحَة 58) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : من المُقرّر شَرْعًا وَقَانُونًا أنّه لا يستردُّ الخاطبُ شيئًا مما أهداهُ إنْ كان العدولُ منه، وَمنْ ثمَّ فإنّ النّعيَ على القَرَار المطعُون فيه بتناقُض الأسبَاب غيرُ سديدٍ يستوجبُ رفضه. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ الطّاعنَ تراجعَ عن إتمَام إجراءَات الزّوَاج والدّخُول على الرّغم من طلبه من طرفِ الزّوجة، فإنّ قضاة المَوْضُوع برفْضهم طلب الطّاعن لاسْترجاع الهدايا طبّقوا صحيحَ القانون} (ملاحظة : حسب حيثيات القرار فإن الطرفيْن أبرمَا عقد الزواج لدى مصالح الحالة المدنية، وأنّ الدّخولَ لم يتمّ لعدم استطاعة الزّوج توفيرَ السّكن، وأنّ قضاةَ المَوْضُوع قد قضوا بالطّلاق قبلَ الدخول، وبالتالي فإن الاعتمادَ على أحكام الخِطبة فيه نَظَر).

➜ لا يَستردُّ الخاطبُ ما أَهْداهُ إنْ كَانَ العُدُول منْه = قرار المَحكمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة وَالموَاريث بتَاريخ 1999/03/16 فَصْلاً في الطّعْن رَقم 219313 (مَجلّةِ المَحْكمَةِ العُلْيَا - عَدَد خَاصٍّ باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصِيَّة - 2001 الصّفْحَة 39 وقد جاء فيه ما خلاصتُه : {متَى تبيّنَ في قضية الحال أنّ الطّرفين جرتْ بينهما خِطْبة زواجٍ ثم وَقعَ العُدُولُ عن الخِطبة من طرفِ الخاطِبِ فإنّ القضاةَ بقضائهم بتأْييد الحُكم المستأنَف والقاضي برفْض إتمَام الزّواج وإلزام المدّعَى عليها بردّهَا إلى المدّعِي ما قدّمه لها من هدايا وحُليّ ونقودٍ واعتبروهَا صداقًا دونَ الردّ على دُفوع الطّاعنة أخطأوا في تطبيق القانون، وعرّضوا قرارَهم للقصور في التسبيب}.

← العُدُولُ منْ طَرَفِ المخطُوبَة = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1993/07/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 92714 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1995، الصّفْحَة 128) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقرَّر قَانُونًا أنه يتوجّبُ على المرأةِ المخطوبةِ عند عُدُولِهَا عن إتمامِ الزّواجِ أنْ تردَّ ما لمْ يُستهلكْ من هدايا وغيرِها، ولا تستحقُّ الزّوجةُ نصفَ الصّداق إلا عند الطّلاقِ قبلَ الدّخول. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أَنّ الطّاعنةَ هي التي عَدَلَتْ عن إتمام الزّواجِ وبدون مبررٍ شرعي أو قانوني، فإنه لا يُمكن، والحَال هذه، تحميلُ المطعُون ضدّه بالخسائر والأضرار المترتّبة عن ذلك، وأنّ دفعَ الطاعنةِ المتعلّقِ بأحقّيتها في نصفِ الصّداقِ إنّمَا يتحقّقُ لوْ تمَّ الطلاقُ بإرادة الزّوج، مما يتعيّن معه القولُ أنّ قضاة المَوْضُوع أصَابوا في قضائهم ويتوجّب رفضُ الطّعن}، (في القرار خلطٌ بين أحكام العُدول عن الخِطبة وأحكام رفضِ الزوجةِ أنْ يتمّ الدُّخُولُ بها).

← فرْقٌ بيْن الزّواج العُرفي والْخِطْبَة = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/10/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 340671 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2005، الصّفْحَة 397) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : ينتهِي الزواجُ العُرفي التّامُّ الأركانِ إمّا بالطّلاق وإمّا بالتّطليق وليْس بفسْخ عقْد الزّواج أوْ بفسْخ الخِطْبَة}.

❖ يَجِبُ التّمْييزُ بَيْنَ الْخِطْبَةِ وَعقْدِ الزَّوَاج = قرَار المَحكَمَة الْعُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة وَالمَوَاريث بتَاريخ 1992/03/17 فَصْلاً في الطَّعْن رَقم 81129 والمَنْشُور بمَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا في عَدَدِهَا الخَاصِّ باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصِيّة لعَامِ 2001 الصَّفْحَة 30، وقد جاء فيه ما خلاصتُه : {من المقرّر شرْعًا وقانونًا أنَّ الخِطْبَةَ هي وعْدٌ بالزواج ولكلٍّ من الطرفين العُدُولُ عنها. ولصحّةِ الزواجِ لا بدّ من توافُر أركانه من رضَا الزوجين ووليٍّ وشاهديْن وصداق.

ولما ثبت - في قضيّة الْحال - أنّ الشّهود الذين وقع الاسْتماع إليْهم أكّدوا حضورهم لوليمة الخِطْبة وتمّتْ قراءةُ الفاتحة وعلمُوا بأن هذا الحفلَ يخصّ الطرفين، غيرَ أنّ قضاةَ الموضوع أخلَطُوا بين الخِطبة والزواج ولم يَضبطُوا الأسئلةَ التي تُساعد على التفريق بين ما حَضَرَهُ الشهودُ هل هوَ خِطبةٌ على معنَى المادة 05 من قانُون الأسْرَة أمْ هو مجلْس عقدٍ على معنَى المادة 09 من قانُون الأسْرَة، مما عرّضَ قرارَهم للقُصُور في التسبيب ومُخالفة المادة 09 من قانُون الأسْرَة}. وجاءَ في صلب القرار أن "الفاتحةَ ليست رُكنًا من أركانِ الزواجِ وليست شرطًا لوقوع الخِطبة وإنما هي من باب التبرُّك والدُّعاء وعلى ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين".

الْمَادّة 6 : (عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005) إنّ اقترَانَ الفَاتحَةِ بالْخِطْبَةِ لا يُعَدُّ زَوَاجًا. غيْرَ أَنَّ اقْتِرَانَ الفَاتحَةِ بالخِطْبَةِ بمَجْلسِ العَقْدِ يُعتَبَرُ زَوَاجًا متَى تَوَافَرَ رُكْنُ الرّضَا وشُرُوطُ الزّوَاجِ المَنْصُوصِ عليْهَا في الْمَادّة 9 مُكَرَّر من هَذا القَانُون.

← وَقَدْ كَانَتْ هـذه المادّة مُحَرّرَةً في ظلّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤرَّخِ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{يُمكنُ أن تَقترنَ الخِطبَةُ مع الفَاتحة أَوْ تسبقَهَا بمُدّةٍ غيرِ مُحَدّدة.

تَخضَعُ الخِطبَةُ والفَاتحَةُ لنفس الأَحكَام المبيّنَةِ في الْمَادّة 5 أعلاه}.

← لم يُحدّدْ القانونُ ما المقْصودُ بالضّبْط ب"**الفاتحَة**"، ومنْ خلال المقارنة بيْن النّصّ الْقديم والنّصّ الْجديد للمادّة 6 يتّضحُ أنّ النّصّ القديمَ كان يَقْصِدُ بالفاتحةِ معناهَا المعروف في كلّ القطْر الجزائري وسائر بلادِ المسْلمين وهو قراءةُ سورةِ الفاتحة **للدلالة على**

تمام توافر الإيجاب والقبول وسائر شروط الزواج، بينما النصُّ الجديدُ وكأنه يريدُ أن يَقصِرَ معنى الفاتحة على السورة القرآنية فقط، وذهبَ إلى افتراض أنّ الفاتحةَ قد تقترنُ بالخِطبة وقد تقترنُ بمجلس العَقد، واستخلصَ من ذلك أنّ (اقترانَ الفاتحة بالخِطبة لا يُعدُ زواجًا)، وهذا تحليلٌ لا يُساير واقعَ النّاس والعُرفَ المستقرّ منذُ قرونٍ وهو أنّ الفاتحةَ لا تقترنُ بالخِطبة أبدًا وإنما تكونُ كخاتمةٍ مُباركةٍ للدّلالةِ على توافرِ كلّ أركانٍ وشروطِ الزواج بمجلس العقد (فصياغةُ النص القديم كانت أصْوَب)، وفي هذا الاتّجاه كانَ قرارُ المَحْكمَةِ العُليَا الصّادِرِ عنْ غُرفة شؤون الأُسْرَة والمواريث بتاريخ 1992/04/14 فَصْلاً في الطّعْن رَقم 81877 (مَجلّةِ المَحْكمَةِ العُلْيَا - عَدَد خَاصٍ باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصِيَّة - 2001 الصَّفْحَة 33 وقد جاء فيه ما خلاصتُه : {من المقرّر قانوناً أنه يُمكن أنْ تقترنَ الخِطبةُ مع الفاتحة أو تسبقَها بمدّة غيرِ محدودة، ومن المقرّر أيضًا أنه يثبتُ الزواج بتوافر أركانه المقرّرة شرعًا.

ومتى تبين في قضية الحَال أنّ أركانَ الزواج قد توفّرت وتمّت بمجلس العقد، وأنه تم اقتران الخِطبة بالفَاتحة، وبعد ذلكَ عَدَلَ الطّاعنُ عن الزّواج بالامتناع عن الدّخول لأنّه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها.

وإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاءِ حكمِ المحكمة القاضي برفض الدعوَى والقضاءِ من جديدٍ بصحةِ الزواجِ الواقع بينَ الطرفين لتوافر أركَانه والسماع إلى الشّهود والأمر بتسجيله، فإنهُم كما قضوا قد طبّقُوا صحيحَ القانون}، وجاءَ في صُلب القرار : " اقتضت العادةُ قراءةَ الفاتحة بمجلسِ العقدِ تبرُّكًا وهي مندُوبَةٌ شرعًا رغمَ أنها ليست ركنًا من أركان الزواج بل هي علامةٌ على قيام الزواج".

◄ وأكدت المحكمةُ العلْيا ذلكَ في قرارها الصّادِر عنْ غُرفة شؤُون الأُسرَة والمواريث بتاريخ 1995/04/04 فَصلاً في الطّعْن رَقم 111876 (مَجلّةِ المَحْكَمةِ العُلْيا - عَدد خَاصٌ باجْتِهادِ غُرفةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصيَّة - 2001 الصَّفْحَة 36.

◄ قَدْ تَقْتَرنُ الْخِطْبَةُ بعَقْدِ الزّوَاج = قَرارُ المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شؤُون الأُسْرَة وَالموَاريث بتَاريخ 1984/11/19 فَصْلاً في الطّعْن رَقم 34046 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، العدد 1/1990، الصَّفْحَة 67) وَقد جَاءَ فيه مَا خُلاَصتُه : {من المقرّر أنّ الأصْل في الخِطْبة وفي غالبِ الأحْيانِ أنّها مُقدّمةٌ للزّواج وليْسَت زواجًا، غيرَ أنها قد تتجَاوز مرحلةَ التّماسِ النّكاح إلى النّكاحِ الشّرعي وتصبْح فعلا زواجًا شرْعيًّا إذا واكبها تحديد شروطه وتحقّقتْ أركانُه}.

القِسْمُ الثّاني - في الزّوَاج (Du mariage)

الْمَادّة 7 : (عُدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005)
تَكْتَمِلُ أَهْلِيّةُ الرَّجُلِ والمرْأَةِ في الزّوَاج بتَمَامِ 19 سنة. وللقَاضي أنْ يُرخّصَ بالزّواج قبْلَ ذلكَ لمصْلَحَةٍ أَوْ ضَرُورة، متَى تَأَكّدَتْ قُدْرَةُ الطّرَفَيْن علَى الزواج.
يَكْتَسِبُ الزّوْجُ القَاصرُ أهْليةَ التّقَاضي فيمَا يتعَلّقُ بآثَار عَقْد الزّوَاج منْ حُقُوقٍ وَالْتِزَامَات.

➜ وَقَدْ كَانَتْ مُحَرّرَةً في ظلِّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤَرَّخِ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{تكْتملُ أهْليّة الرّجل في الزّواج بتمَام (21) سنة، والمرْأة بتمام (18) سنة، وللْقاضي أنْ يرخّص بالزّواج قبل ذلك لمصلحة أَوْ ضرورة}.

← لمْ تُحدّدْ الشّريعَةُ الإسْلاميّة سِنًّا دُنيَا أوْ قُصوَى للـزّواج، والعبْرةُ تكون بظُروفِ الزّمان والمكان واسْتطاعة الْجماع والقدْرة على الْبناء.

❖ محلّ عقْد الزّواج هو الزّوْجَان (الرّجلُ والمرْأة)، يكون كُلاًّ منهما مُعيّنًا ويحلُّ للآخر، ولا يقُومُ بأيٍّ منهما مانعٌ من موانع الزواج.

الْمَادّة 7 مُكـرّر : (أُضيفَتْ بـالأمْر رَقْم 02-05 المؤرّخ في 27 فبْرَاير 2005) يَجـبُ علـى طَـالبَيْ الـزّوَاج أنْ يُقـدّمَا وثيقَـةً طبّيّـة، لا يَزيـدُ تَاريخُهَـا عَـنْ ثلاثَـةِ (3) أشْـهر تُثبـتُ خُلُوَّهُمَـا مـنْ أيِّ مَـرَضٍ أوْ أيِّ عَامِلٍ قدْ يُشَكّلُ خطرًا يَتعَارَضُ مَعَ الزّوَاج. يتعَيّنُ على الْمُوثّق أوْ ضَابطِ الحَالَـةِ المدَنية، أنْ يتَأكّـدَ قبْلَ تَحْرير عَقْـدِ الـزّوَاجِ مـنْ خُضُوعِ الطّـرَفَيْن للفُحُوصَات الطّبّيّـة ومـن عِلْمِهمَـا بمَـا قَـدْ تَكشِفُ عنْـهُ مـن أمْـرَاضٍ أوْ عَوَامِلَ قـد تُشَكّلُ خَطَرًا يَتَعَارَضُ مَعَ الزّوَاج. ويُؤَشّرُ بذلكَ في عَقْدِ الزّوَاج. تُحدّدُ شُرُوطُ وكَيْفياتُ تَطْبيقِ هذه الْمَادّة عنْ طَريق التّنْظيم.

◀ تطبيقـًا لأحكَـام الفقـرة الأخـيرة مـن هـذه الْمَـادّة صَـدَرَ المرسومُ التنفيـذي رقـم 06-154 المؤرخ في 11 مـايو 2006 (جريـدة رقـم 31) ويُحـدد شُـروطَ وكيفيـاتِ تطبيـق أحكـام الْمَـادّة 7 مكـرر مـن القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأُسْرَة ونصُّهُ :

الْمَادّة الأولى : يهدف هذا المرسوم إلى تحديد شروط وكيفيات تطبيق أحكـام الْمَـادّة 7 مكـرر مـن القـانون رقـم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمذكور أعلاه.

المَادّة 2 : يجب على كل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خُضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

يسلّم الشهادةَ المنصوص عليها في هذه المَادّة طبيبٌ، حسب النموذج المرفق بهذا المرسوم.

المَادّة 3 : لا يجوز للطبيب أن يسلّم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المَادّة 2 أعلاه، إلا بناء على نتائج :

- فحص عيادي شامل،

- تحليل فصيلة الدم (ABO + rhesus).

المَادّة 4 : يُمكن أن ينصبّ الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب و/أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض.

وزيادة على ذلك يمكن أن يقترح الطبيبُ على المعني إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج و/ أو الذّرّيّة، وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها.

المَادّة 5 : يبلغ الطبيبُ الشخصَ الذي خَضَعَ للفحص بملاحظاته ونتائج الفحوصات التي تم إجراؤُها طبقا للمادة 3 أعلاه، ويتمّ إعداد شهادة طبية بذلك تسلم إلى المعني.

المَادّة 6 : لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يُقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

الْمَادّة 7 : يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعني.

الْمَادّة 8 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة الديمقراطية الشّعبيّة.

حرر بالجزائر في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 11 مايو سنة 2006.

أحمد أويحي.

◄ الفقْرةُ الأخيرةُ من الْمَادّة 7 مكرّر بَيّنتْ أنه لا يجوزُ رفْضُ إبْرام عقْد الزّواج لأسْبابٍ طبّيّة خلافًا لإرادة المعني، أيْ أنّ الغاية من الفحْص الطّبي هو إعْلامُ الأطْراف بوضعِهِمَا الصّحّي قبْل إبْرام العقد، فالفحْص الطّبي ليْس شرطًا من شروط الزّواج.

← الأمْراضُ المقصودَة في النّصّ هي تلك التي قدْ تُشَكّل مانعًا يَحُولُ دون تحقيق الْهدف من الزّواج (كالمعاشرة الجنْسيّة والإنْجاب) وليْسَ بقيّة الأمْراض مهما كانت خُطُورَتُها. وفي حال اكْتشاف مثل هذا المرض بعد إبْرام العقد فإنّه يُمْكن للطّرف المتضرّر المطالبة بإبْطال العقد إذا كان مرضُ الطّرف الثاني يُشَكّل مانعًا لتحقيق الغاية من الزّواج وفْقًا لأحكام الْمَادّة 32 من هذا القانون، وهو ما تناولته أحكامُ الشريعة الإسلامية تحتَ عنوان حقّ التفريق لوجود الْعَيْب، أو المطالبة بالتعويض في الحالات الأُخْرَى.

← إبْرامُ عقْدِ الزّواج مع امْرأةٍ مصابةٍ بمرضٍ أدّى إلى وفاتها لا يَعيبُ العقْدَ ولا يُبْطِله = قرارُ المحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 1993/02/23 فصلاً في الطّعن رَقم 88856 (مَنشُور بالمجلّة القضَائية، العَدَد 1996/2، الصّفْحَة 69) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : من المستَقرّ عليه قانونًا وقضاءً أنّ عقدَ الزّواج يُعتبرُ صحيحًا متى تمّ برضا الزّوْجين وحضور وليّ الزّوجة وشاهديْن وصداق، وأُبْرم أمام موثّق أوْ موظّفٍ مؤهّلٍ قانونا. ومتى لمْ يتطرّقْ القانون لصحّة الزّوْجين، فلا يُعتبر مرضُ أحدهما عيبًا في إبرام عقْد الزّواج. ومنْ ثمّ فإنّ احتجاجَ الطّاعنة بعد وفاة مورّثتها سنة 1988 على عقد الزّواج الذي تمّ مع المطْعون ضدّه سنة 1977 يُعتبر غيْر مؤسّس وينْجرّ عنه رفْض الطّعن}.

المَادّة 8 : (عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005) يُسْمَحُ بالزواج بأَكْثَر منْ زَوْجَةٍ وَاحدَةٍ في حُدُود الشّريعَة الإسْلاميّة متَى وُجدَ المبرّرُ الشّرْعيُّ وتَوَفّرَتْ شُرُوطُ وَنيّةُ العَدْل. يَجبُ على الزّوْج إخْبَارُ الزّوْجَة السّابقَة والمرْأَة التي يُقْبلُ على الزّوَاج بها، وأنْ يُقدّمَ طلَبَ التّرْخيصِ بالزّوَاج إلى رئيس المحْكَمَة لمكَان مَسْكَن الزّوْجية. يُمْكنُ رَئيس المحْكَمَة أَنْ يُرَخّصَ بالزّوَاج الْجَديد، إذا تأَكّدَ من مُوَافَقَتهمَا وَأَثْبَتَ الزّوْجُ المبرّرَ الشّرْعي وقُدْرَتَهُ على توْفيرِ العَدْلِ والشّرُوطِ الضّرُورية للحَيَاة الزّوْجية.

← وَقَدْ كَانَتْ مُحَرّرَةً في ظلّ القَانُونِ رَقْم 84-11 المُؤَرّخ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{يُسْمَحُ بالزّواج بأكْثر منْ زوْجة واحدة في حدود الشّريعة الإسْلامية متى وُجد المبرّر الشّرعي وتوفرت شروط ونيّة العدل، ويتمّ ذلك بعد علْم كلّ من الزّوْجة السّابقة واللاحقة، ولكلّ واحدة الحقّ

في رفع دعوى قضائية ضدّ الزّوج في حالة الغشّ والمطالبة بالتّطليق في حالة عدم الرّضا}، والفقرة الأخيرة من المادّة (المطالبة بالتّطليق في حال الغشّ) قد أفرد لها التّعديل مادة منفصلة هي المادّة 8 مُكرّر.

➜ ما استحدثهُ النّصُ الجديدُ هو اشتراطُ تقديم طلب التّرخيص بالزّواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزّوجية (دون تحديد أيّ مسكن للزّوجية يقصد، القديمُ أو الجديد، إذا كان الزّوجُ يريدُ إنشاء مسكنين لا يقعان في دائرة اختصاص محكمة واحدة)، كما اشترط النّصُ الجديدُ أنْ يتأكّدَ رئيسُ المحكمة من موافقة المرأتين، وأنْ يُثبت الزّوجُ المبرّرَ الشّرعي وقدرتهُ على توفير العدل والشّروط الضرورية للحياة الزوجية، وفي ذلك تشديدٌ قياسًا بالنص السّابق.

➜ النّصّ القرآني = (وَإِنْ خِفْتُمُ أَلا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ، فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ، ذَلِكَ أَدْنَى أَلا تَعُولُوا) (سورة النساء 3).

❖ العدْلُ بيْن الزّوْجات = جاء في السُّنَّة قوْلُهُ صلى الله عليه وسلم : {إِذَا كَانَ عِنْدَ الرَّجُلِ امْرَأَتَانِ فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ سَاقِطٌ} ، رَوَاهُ أَصْحَابُ السُّنَنِ.

➜ الشَّافعيَّةُ وَالْحَنَابلَةُ يَرَوْنَ أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ أَلاَّ يَزِيدَ الرَّجُلُ في النِّكَاحِ عَلَى امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ من غَيْرِ حَاجَةٍ ظَاهِرَةٍ.

➜ عِلْمُ الزّوْجة السّابقة لا يكْفي بلْ تجبُ موافقتُها = قرار المحكمة العُليا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 2005/01/19 (قبْل تعْديل قانون الأُسْرَة بموجب الأمْر 05-02) فصلا في الطّعن رقم 334060 (منشُور بالمجلّة القضائية، العدد 1/2005، الصّفْحة 325)، وقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : لاَ يَكْفي لرفْض دَعْوى التّطْليق منْ أجْل الضّرر عِلْم الزّوْجَة (السابقة) بزواجِ زوْجها من امْرأةٍ أخْرى، ويجبُ إثباتُ رضاها بهذا الزّواج}.

◀ تعدّدُ الزّوْجات في المغرب وتونس = جاء في المَادّة 40 من مُدوَّنة الأُسرَة المغربية : {يُمنَعُ التّعدّد إذا خيفَ عدمُ العدل بين الزّوجات، كما يُمنَع في حالة وجود شرطٍ من الزوجة بعدم التزوج عليها}.

وأما مَجلّة الأَحْوال الشّخْصِيّة التُّونُسيّة فقد نصّت على منع تعدّد الزّوجات أصلا تحت طائلة المعاقبة بالسِّجن والغرامة إذْ نصّت في الفصل 18 على ما يلي : {تعدّد الزّوْجات ممنوع. فكلّ مَن تزوّج وهو في حالة الزّوجية وقبل فكّ عصْمة الزّواج السّابق يعاقَبُ بالسجن لمدّة عام وبخطيّة قدرُها مائتان وأربعون ألفَ فرنك أوْ بإحدى العقوبتين ولوْ أنّ الزّواج الجديد لم يُبْرَم طبْق أحْكام القانون}.

المَادّة 8 مُكرَّر : (أُضِيفتْ بالأَمْر رَقْم 02-05 المؤرّخ في 27 فبْرايَر 2005) في حَالَةِ التّدْليس، يَجُوزُ لكلّ زَوجَةٍ رَفْعُ دَعْوَى قَضَائيّة ضدّ الزّوْج للمُطَالَبَةِ بالتّطْليق.

◀ والقواعد العامة للتدليس نصّ عليها القانون المَدَني كالتالي :

المَادّة 86 منه : {يجوزُ إبطالُ العقد **للتدليس** إذا كانت الحِيَلُ التي لجأ إليها أحدُ المتعاقديْن أو النائبُ عنه من الجسامة بحيْث لولاها لما أبرمَ الطرفُ الثاني العقد. ويُعتبر تدليساً السّكوتُ عمْداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أنّ المدلّسَ عليه ما كان ليُبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة}. المَادّة 87 منه : {إذا صدر التدليسُ من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلّس عليه أن يَطْلب إبطالَ العقْد، ما لم يُثْبت أنّ المتعاقدَ الآخر كان يعْلم، أو كان من المفروض حتمًا أنْ يعلم، بهذا التدليس}.

← إثباتُ الزّواج الثاني = قرار المحكَمَة العُليا الصّادر عن غُرفة شُؤون الأُسْرَة والمواريث بتاريخ 2014/01/16 فصلاً في الطّعن رَقم 0881943 (منشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدد 1/2014، الصّفْحَة 332) وقَد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : استقرّ الاجتهاد القضائي لغرفة شؤون الأُسْرَة والمواريث بالمحكمة العليا على جواز إثبات القضاة الزواج الثاني، حتى ولو كان عُرفيا، بجميع طُرق الإثبات. الإقرارُ القضائي من وسائل الإثبات وحجّةٌ قاطعة على المُقرّ}

← لمْ يتَعَرّضْ النّصُّ لاحتمَالِ طَلَبِ التّعْويضِ فقَطْ دُونَ طَلَبِ التّطْلِيق.

الْمَادّة 8 مُكَرّر 1 : أُضيفَتْ بالأَمْر رَقْم 05-02 المؤرّخِ في 27 فَبْرَاير 2005 يُفْسَخُ الزّوَاجُ الْجَدِيدُ قَبْلَ الدّخُول، إذَا لَمْ يَسْتَصْدِرِ الزّوْجُ تَرْخيصًا من الْقَاضِي وفْقًا للشّرُوطِ المَنْصُوص علَيْها في الْمَادّة 8 أَعْلاه.

← أحكَامُ الفَسْخ المَنصُوص عليهَا في هذه الْمَادّة إنمَا تتعلّقُ بالزّواج الجَديد فقَط وشَريطَة رَفع الدّعوَى قبلَ الدّخول، وبالتّالي فإنّ هذه الأحكَام لا تتعلّقُ بالزّواج القديم ولا بالزّواج الجديد إذا وقع الدّخول بالزّوْجة.

أركَانُ الزَّوَاج :

Des éléments constitutifs du mariage

الْمَادّة 9 : (عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005) يَنْعَقدُ الزّوَاجُ بتَبَادُل رضَا الزّوْجَيْن.

← وَقَدْ كَانَتْ مُحَرّرَةً في ظلّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤَرّخِ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{يتمّ عقدُ الزّواج، برضَا الزّوْجَين، وبِوَلِيّ الزّوْجَة، وشَاهدَيْن وصَدَاق}.

❖ تبادُل الرِّضا = انْظر الْمَادّة 10 بعْده.

➔ معنى كلمة "رُكْن" :

❖ في لسان الْعرب : (أَرْكانُ كلّ شَيْءٍ جَوانبُه التي يَسْتَنِدُ إليها ويَقومُ بها).

❖ وفي المعجم الوسيط : (الرُّكْنُ) : أحدُ الجوانب التي يَستندُ إليها الشّيءُ ويَقومُ بها. والرُّكْنُ جُزْءٌ من أجزاء حقيقة الشّيْء. يُقال : رُكنُ الصلاة، ورُكنُ الوضوء.)

❖ وفي معجم المعاني الجامع : (الرُّكن : أَحَدُ الجوانب التي يَسْتَنِدُ إليهَا الشيءُ ويَقومُ بها. الرُّكن : جُزءٌ من أَجزَاء حَقيقَة الشيء).

➔ من خلال هذا النّص يتّضحُ أنّ قَانُون الأُسْرَة اعتبرَ أنَّ للزّواج رُكنًا واحدًا هو تبادُلُ رضا الزّوجين، وهو رأْيُ فقهاء المذهب الحنَفِي، كما أنّ فقهاءَ المذهب الحنْبلي يَعتبرون أنّ أرْكانَ الزّواجِ هي الزّوجان والإيجابُ والقبولُ فقط.

➔ وهو الموْقف ذاتُه الذي اتّخذه المشرّعُ المغْربي إذْ جاءَ في الْمَادّة 10 من مُدوّنَة الأُسْرَة المغْربيّة : "ينْعقِد الزّواج بإيجابٍ من أحد المتعاقديْن وقبولٍ من الآخر، بألفاظٍ تفيد معنى الزّواج لغةً أوْ عرفًا. يصحّ الإيجاب والقبول من العاجز عن النّطق بالكتابة إنْ كان يكتب، وإلا فبإشارته المفْهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين".

- وكُتُبُ الفقه المالكي تَذْكُرُ أنّ للزّواج أَرْكَانٌ أَرْبَع : ①الْوَلِيُّ وَ②الْمَحَلُّ وَ③الصِّيغَةُ وَ④الصَّدَاقُ، وأمّا الشّاهدان فشرْط لصحّته، وبعضهم يعتبر الصّداق أيضًا شرْط.

وفي حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير لصاحبه محمد بن أحْمد بن عرفة الدّسوقي (مالكي المذهب) : {... أَرْكَانُهُ أَرْبَعَةٌ الأَوَّلُ

(وَلِيٌّ وَ) الثَّانِي (صَدَاقٌ وَ) الثَّالِثُ (مَحَلٌّ) زَوْجٌ وَزَوْجَةٌ مَعْلُومَانِ خَالِيَانِ مِنْ الْمَوَانِعِ الشَّرْعِيَّةِ كَالإِحْرَامِ كَمَا يَأْتِي (وَ) الرَّابِعُ (صِيغَةٌ)، وَلَمْ يعد الشُّهُودُ مِنْ الأَرْكَانِ؛ لأَنَّ مَاهِيَّةَ الْعَقْدِ لا تَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ، وَيرد عَلَيْهِ أَنَّ الصَّدَاقَ كَذَلِكَ، فَالأَوْلَى جَعْلُهُمَا شَرْطَيْنِ}.

وأمّا أهليةَ الزّوَاج، والصّداق، والوَليّ، والشّاهديْن، وانعدام الموانِع الشّرعية للزّواج حسب قانُون الأُسْرَة فهي شروطٌ نُصّ عَلَيْها في الْمَادّة المُوالِية. ويَظهَرُ الفرقُ بين الرُّكْن والشّرط في حَال تَخلّفَ أحَدُها وَمَا يَترَتبُ عَلى ذَلِكَ مِن أثَرٍ مِن فَسَادٍ أو بُطلانٍ كَمَا هُوَ مَذْكُور في المَوَاد 32 ومَا بَعْدَها مِن هَذَا القَانُون.

❖ مُصْطلَح "مَحلّ عَقْدِ النِّكَاحِ" عِنْدَ فُقهَاء الشّرِيعة هُوَ الزَّوْجُ وَالزَّوْجَةُ معًا، وَهُمَا عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ مِنْ أَرْكَانِ النِّكَاحِ خِلَافًا لِلْحَنَفِيَّةِ.

➔ قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2000/07/18 فَصلاً في الطّعْن رَقْم 249128 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، الْعَدَد 2/2003، الصّفْحَة 267) وَقَد جَاءَ فِيه : {الْمَبْدَأ : يبْطَل الزواج بانْعِدَام رُكْن الرِّضَا. وَلا يَحِقّ لِلْقُضَاة إجْبَارُ الْمَرْأَة غير الرَّاضِيَة عَلَى إتْمَام إجرَاءَات الزّوَاج}، وَفِي قَضِيَة الحَال كَانَت الْمَحكَمَةُ الابتِدَائِيَة بشَشَّار قَد قَضَت بتَارِيخ 1999/03/11 بفَسخ الْخُطُوبَة الَتِي تَمت بَين الطرفَين وبَعد الاستِئناف قَضَى مَجلِسُ أمّ الْبَوَاقِي فِي 1999/12/01 بإلْغَاء الحُكم الْمُستَأنَف والْقَضَاء مِن جَدِيدٍ بإلْزَام الطاعِنَة بإتمَام إجرَاءَات الْبِنَاءِ مَع الأَمر بتَسجيل الزواج بالحَالَة المَدَنية، وَقَد قَضت المَحكَمَة العُليَا بالنّقْض دُون إحَالَة.

➔ للزّوْجَة القَاصِرة عِنْد بُلُوغِهَا سِنّ الرّشْد أنْ تُطَالِب بفَسْخ الزّوَاج قَبْل البِنَاء لِعَدَم رِضَاهَا (اجْتِهَاد هَامّ) = قرَارُ المَحْكَمَة العُليَا

الصّادر عنْ غُرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 2001/02/21 فصلاً في الطّعـن رقـم 255711 (منشور بالمجلّـة القضائية، العـدد 2002/1، الصّفحة 424) وقد جاء فيه : {المبْدأ : إنّ الحُكم بفسْخ عقْد الزّواج قبْلَ البناء لتمسك الزّوجة بالفسْخ بعْد بُلوغها سِن الرّشد لِعدم رضاها هو تطْبيقٌ صحيحٌ لِلقانون} ، وجاء في حيْثيّات القرار «أنّ فسْخ عقْد الـزّواج الـذي قضى بـه قاضـي الموْضـوع هـوَ بمثابـة حُكْم بالتطليق كون المطعُون ضِدّها بعدَ بُلوغها سِن الرشد هِيَ في حالة إخْتيار قبل البناء بها ، وبالتالي لهـا الحقُّ الشّرعي في طلب فسخ عقد إتمام الزّواج أو طلب التّطليق».

← لا تُجبرُ الزّوْجةُ على الدّخُول = قرار المحْكمة العُليا الصّادر عنْ غُرفة الأحْوال الشّخْصيّة بتاريخ 2008/03/12 فصْلاً في الطّعْن رقْم 415123 (منشُور بالمجلّـة القضائيَة، العْدد 2008/1، الصّفْحة 275) وقد جاءَ فيه : {المبْدأ : لا يُمْكن القاضِي حتّى بعْد إبْرام عقْد الزّواج إجْبار الزّوجة على إتْمام مراسِيم الدّخُول بهـا} ، وفِي قضيّة الحال فإنّ قُضاة الموْضوع قدْ رفضُوا دعْوى الطّاعِن الرّامِيَة إلى إلْزام المطْعُون ضِدّها لاسْتِكمال الدّخول، وقدْ أيّدتْهُم المحْكمة العُلْيا على أساس أنّ «عقْد الزّواج مبْنِيّ أساسًا على الرِّضا وهُوَ رُكْن من أرْكانه المنْصوص عليْها في المادّة 9 مِن قانُون الأُسْرَة، إضافةً إلى أنّ المادّة 4 مِن القانُون نفسه تُعرِّفُ الزّواج بأنّه عقْدٌ رِضائِيّ ومِن أهْدافه تكوينُ أُسْرةٍ أساسُها المودّةُ والرّحْمةُ والتّعاوُن، وبِناءً على المادّتيْن المذْكورتيْن لا يُمْكنُ لِقُضاة الموْضُوع إجْبارُ زوْجةٍ ما على الدّخُول بها رغْم مُعارضتِها لهُ أو عدم رِضاها به».

← العلاقاتُ الجنْسيّةُ غيْرُ الشّرْعيّة لا تُعْتبَرُ زواجًا = قرار المحكمة العُليا الصّادر عنْ غرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2002/07/03 فصلاً في الطّعن رقم 261925 (منشُور بالمجلّة

القَضَائية، العَدد 2/2003، الصَّفْحة 271) وقد جاء فيه : {المَبْدأ : القَضاءُ برفض دعوى تثبيتِ الزَّواج الناتج عن علاقةٍ غير شرعية قضاءٌ سليم}، وفي قضيةِ الحال تُصرّحُ الطّاعنةُ بأنّها كانت على علاقةٍ غرامية مع المطعون ضدّه ومكّنتْهُ من نفسها اعتقادًا منها أنّه سوْفَ يتزوَّجُها وقدْ حمَلَتْ منهُ بسبب هذه العلاقة، وقد قضى مجلسُ قَضَاء تيزي وزّو في 2000/03/01 بتأييد الحُكْم المستأنف أمامه الصّادر عن محكمة عزازقة بتاريخ 1999/06/15 القاضي برفض الدّعوى لعدم التأسيس.

◄ جاءَ في المَادّة 10 من مُدَوَّنَة الأُسْرَة المغربية : {ينعقدُ الزّواج بإيجابٍ من أحدِ المتعاقِديْنِ وقبولٍ من الآخر، بألفاظٍ تفيدُ معنى الزّواج لغةً أو عرفاً. يَصحُّ الإيجابُ والقَبُولُ من العاجز عن النّطق بالكتابة إنْ كَان يَكتُب، وإلاّ فبإشَارته المفهُومَة من الطّرفِ الآخرِ ومن الشّاهدين}.

◄ وجاءَ في الفصل 3 من مَجلّة الأَحْوَال الشَّخْصِيّة التُّونُسِيّة : {لا ينعقدُ الزّواج إلاّ برضَا الزّوْجيْن}.

الْمَادّة 9 مُكرَّر : (أُضِيفَتْ بالأَمْر رَقْم 02-05 المؤرَّخِ في 27 فبْرَاير 2005) يَجبُ أَنْ تَتَوفَّرَ في عَقْدِ الزّوَاجِ الشّرُوطُ الآتية : - أَهْلِيّةُ الزّوَاج، - الصّدَاق، - الْوَلِيّ، - شَاهِدَان، - انعِدَامُ الموَانع الشّرْعيْة للزّوَاج.

❖ وَرَدَت تفاصيلُ هذه الشّروط في الموادّ الموالية (المحلّ والرّضا في المَادّة 10، والوليّ في المَادّة 11، والصّداق في المَادّة 14) ما عدا بالنّسبة لشرْطَيْ : الشّاهدان وانْعدامُ الموانع الشّرْعية فلمْ يتعرّضْ لهما المشرّع، ونذْكرهما أدناه.

الشّاهدان :

❖ جاء في الحديث : "لا نكاحَ إلاّ بوليّ وشاهدَيْ عدْل"، وأقلُّ ما يُجْزئُ من الشّهود : رجُلان اثنان مُسْلمَان مُكلّفان (أيْ بالغيْن عاقليْن) عدليْن، (ليسَ من بينهما ولِيُّ الزوجة)، يَشْهدَان عقدَ الزّواج أو يشهدَان قبلَ الدُّخول، حمايةً للمرأة وصَوْنًا للأنْساب.

❖ اختَلَفَ فُقَهَاءُ الشّريعَة الإسْلاميّة في كَوْنِ الإشْهَادِ علَى النِّكَاحِ رُكنًا أَوْ شَرْطًا أوْ وَاجِبًا، ومُعظمُهُم لا يَعتبرُون الشُّهُودَ ركنًا في عقد الزواج لأن وجودَهُم خارجٌ عن ماهيّة هذا العقد، فالبعضُ يَعتبرهم شَرطٌ والبَعضُ (كالْمَالِكِيّة) يعتبرهُم واجبٌ مُستقلٌّ عن الأركَان والشروط.

❖ الزواجُ بدون شُهود يُعتبرُ نكاحَ سرّ، وقد نهى عنه رَسُول الله صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم.

← لا يكُونُ الوَليُّ وَليًّا وشَاهدًا في الوَقت ذاته = قرَارُ المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/02/10 فَصلاً في الطّعن رَقم 600911 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2011، الصّفْحَة 274) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا يجوزُ أنْ يكُونَ الوَليُّ أَحَدَ شاهدَيْ العقد}. وفي قَضيّة الْحَال اعتبرَ قضاةُ المَوْضُوع أنّ أبَ الزّوجة تُؤخذُ أقوالُهُ كشاهدٍ بصرفِ النّظرِ عن صفتِه في مجلس العقد كوليّ للزوجة.

انْعِدَامُ الموانع الشّرْعيّة :

❖ من موانع الزّواج أنْ تكون الزّوْجة حاملاً قبل الدّخول = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2006/10/11 فصلاً في الطّعن رَقم 371562 (مَنشُور بالمَجلّة القضائية، العَدد 2/2007، الصّفْحة 457) وقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : البناءُ بالزّوْجة وهي حامل منْ غيْر زواج شرْعيّ يُبْطِلُ عقْد الزّواج، ويُحَمِّلُ الزّوْجة مسْؤولية الطّلاق}.

❖ أوْ أنْ تكون معْتدّة منْ طلاق أوْ وفاة.

❖ أوْ أنْ تكون قدْ طُلِّقتْ ثلاثًا، وتسمّى المبْتوتة، فلا تحلُّ له حتى تَنْكِحَ زوجًا آخر.

❖ أوْ أنْ تكون محرّمةً عليه بنسبٍ أوْ برضاعٍ أوْ بمصاهرة.

❖ أوْ أنْ تكون ذاتَ زوْج.

❖ أوْ أنْ يكون أحدُهما أوْ كليهما مُحْرِمًا بحجّ أوْ بعمْرة.

➔ زَوَاجٌ عُرْفي وَخُلْوَةٌ صَحيحَة = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2002/05/08 فَصلاً في الطّعن رَقم 289545 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدد 2/2004، الصّفْحَة 373) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : الخُلْوَةُ الصّحيحة بعْد تَوَفُّر أرْكان الزّواج تجْعل الدّخول قد تمّ شرْعًا}، وجاء في حيْثيات القرار :

«عنْ الوجْه الثالث المأْخُوذ من قصور وتناقضِ الأسْبابِ بدعوَى أنّ تصْريحاتَ الشّهودِ جاءَتْ متناقضَةً، فبعْضُهم صرّحَ أنّه حَضَرَ الفاتحة ولمْ يَسْمع الشّرُوطَ المتّفق عليها وأنّ الطّاعنَ لمْ يعترفْ بالدّخُول، فمِن أيْنَ جاء حمْل المطْعون ضدّها، وأنّ الشّاهدين لمْ يصرّحَا بوُقوع الدّخُول ومعناهُ لمْ تقعْ الخلْوة بين الطّرفين، ممّا يجْعل الأسْباب المؤسس عليها القرارُ قاصرة ومتناقضةً وهو ما يُعَرّضُهُ للنقض وللإبطال.

لكن حيثُ أنه بالرُّجوع إلى القرار المطعُون فيه نجدُهُ قد تبنَّى أَسبابَ الحكم المستأنَف ما دام قد أيّده مبدئيا ، وأضافَ قضاة المجلس بأن المستأنفَ اعترَفَ وأقرّ بالزّوَاج العُرفي المنعقد في 1998/03/29 وهو الزواجُ الذي ثَبَتَتْ أركانُه الشرعية والقانونية طبقًا للمادة 09 من قانون الأُسْرَة، ولما طَلبَ الطلاقَ قبل الدخُول وثبتَ للمجلس أنَّ الدخولَ قد تم فعلاً ونتج عنه طفلٌ سمي (أ.م) نتيجةَ الخلْوة بالزوجة في بيْت أهلها ، ثبتَ ذلك بالصُّوَر التي قدمتها المطعونُ ضدها ، مما يجعلُ الدخولَ تم شَرْعًا ويجعلُ الزواجَ تامًّا بجميع أركانه، هذه الأسبابُ التي حواها القرارُ المطعونُ فيه أسبابٌ كافية لإثباتِ الزواج ما دامت أركانُهُ المنصوصُ عليها في الْمَادّة 09 من قانون الأُسْرَة متوفرةً وما الدّخول إلا شَكلٌ من أشكَال إتمام الزواج، وما دام الزوجُ قد صرّح بفكّ العِصمة فإنّ الطّلاقَ يُعَدّ سليمًا ومؤسّسًا وهي أسْبابٌ كافيّةٌ تجعلُ الْقرارَ سليمًا في قضائه- والوَجْه من غيْر أساس، الأمْرُ الذي يتعيّنُ معه رفْض الطّعن».

➔ الرُّخَصُ الإدَاريّةُ للزّوَاج = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/06/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 357345 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، الْعَدَد 1/2007، الصّفْحَة 461) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : الرّخصةُ الإدارية بالزّواجِ الممنوحة من بعض الجهات الوصية لموظّفيها وأسلاكها **لا تُعَدّ رُكنًا** من الأركان المنصوص عليها في الْمَادّة 9 من قَانُون الأُسْرَة}.

◀ وَمَوقفُ المشَرعُ المغربي مُوافقٌ لأحكام القانون الجزائري في هذا الشّأن إذ جَاءَ في الْمَادّة 13 من مُدَوَّنَة الأُسْرَة المغْربيّة : **"يجبُ** أنْ تتوفّر في عقْد الزّواج الشّروطُ الآتية :

1 -أهليةُ الزّوْج والزّوْجة ؛

2 -عدمُ الاتّفاق على إسْقاط الصّداق ؛

3 -وليُّ الزّواج عنْد الاقتضاء ؛

4 -سماعُ العدْلين التصريحَ بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه ؛

5 -انتفاءُ الموانعِ الشرعية.

الْمَادّة 10 :

يَكُونُ الرّضَا بإيجَابٍ من أَحَدِ الطّرَفَيْن وقَبُولٍ من الطّرَفِ الآخَرِ بكُلِّ لَفْظٍ يُفيدُ مَعْنَى النِّكَاح شَرْعًا.

ويَصحُّ الإيجَابُ والْقَبُولُ من الْعَاجز بكُلّ ما يُفيدُ مَعنَى النّكَاح لُغَةً أَوْ عُرْفًا كَالْكتَابَة والإشَارَة.

➔ الْمَحَلُّ هُوَ الزَّوْجُ وَالزَّوْجَةُ الْخَالِيَانِ مِنَ الْمَوَانِعِ الشَّرْعِيَّةِ كَالإِحْرَامِ، وَالْعِدَّةِ بِالنِّسْبَةِ لِلْمَرْأَةِ، وَالصِّيغَةُ هِيَ كُلُّ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا مِنْ الزَّوْجِ وَالْوَلِيِّ أَوْ مِنْ وَكِيلِهِمَا. وتكونُ بالقولِ بصريح اللّفظِ باللّغة التي يفهمُونها أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة الدّالة دلالةً قاطعة عند الاقتضاء إذا تعذّر النّطق لدى أيّ طرف، ولا يهمّ التّرتيب بيْن الوليّ والزّوْج أوْ وكيله فيجوز أنْ يكون الإيجابُ منْ أيٍ منهُمَا ويكونُ القبولُ من الآخر، ومنْ مُستلْزمَات ذلك : العقْلُ، واتّحادُ المجْلس أيْ أَنْ يَكُونَ الإيجَابُ وَالْقَبُولُ في مَجْلِسٍ وَاحِدٍ.

❖ وهذا موافقٌ للقواعد العامة في أحكَام العُقُود إذْ جاء في القانُون المَدَني الجزائري :

- الْمَادّة 59 منه : {يتمُّ العقدُ بمجرد أن يتبادلَ الطرفان التعبيرَ عن إرادتيْهما المتطابقتيْن دون الإخلال بالنصوص القانونية}.

- الْمَادّة 60 منه : {التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز أنْ يكون التعبير عن الإرادة ضمْنيا إذا لمْ ينص القانون أو يتفق الطّرفان على أنْ يكون صريحا}.

المَادّة 11 : (عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005)

تعْقدُ المرْأةُ الرّاشدةُ زوَاجهَا بحُضُور وَليّهَا وهوَ أبُوهَا أوْ أحَدُ أقاربهَا أوْ أيّ شخصٍ آخرَ تختارُه.

دُونَ الإخْلال بأحْكَام المَادّة 7 من هَذا القَانون، يَتولّى زوَاجَ القُصّرِ أوْليَاؤُهم وهُمْ الأبُ، فأحَدُ الأقَاربِ الأوّلِين، والقَاضِي وَليُّ مَنْ لاَ وَليَّ لَه.

➜ وَقدْ كَانتْ مُحَرّرَةً في ظلِّ القَانُونِ رَقْم 84-11 المُؤرَّخِ في 9 يُونْيو 1984 كمَا يَلِي :

{يتولّى زواجَ المرأةِ وليُّهَا وهو أبُوهَا فأحدُ أقاربها الأوّلين. والقاضي وليُّ من لا وليَّ له}.

➜ شروط الوليّ شَرْعًا المتفقُ عليها : الإسلامُ والذّكورةُ والعقْلُ وأنْ يكون غيْر مُكْرَه، ويُقدّمُ الابنُ ثُمَّ الأبُ ثُمَّ الأخُ ثُمَّ ابنُه ثُمَّ الجدُّ ثُمَّ العمُّ ثُمَّ ابنُه، والشقيقُ أوْلَى من الذي لأب، والقاضي وليّ من لا وليّ لها، ثُمَّ الولاية العامة لأيّ مسْلم لقوْله تعالى : (وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) (سورة التوبة 71)، وتصحّ ولاية الأبْعد مع وجود الأقْرب غير أنّ احترام التّرتيب أوْلَى، وفي حالة المنازعة يعود الأمر للقضاء.

❖ المَالكيّة والشّافعية يعتبرون الوليَّ ركنًا في عقد الزّواج لا ينعقد بدونه، في حين أنّ الحنفية يقْصرونه على الصغيرة فقط وأمّا البالغة العاقلة فأمْرُها بيدها ويَجُوزُ أن تُزوّج نفسَها مستدلّين على ذلك بالكتاب والسنة.

❖ يجوز للوليّ أنْ يُوكّل منْ ينوبُ عنْه في مَجْلس العَقْد.

➜ جاءَ في الْمَادّة 25 من مُدوَّنة الأُسْرَة المغْربيّة : "للرّاشدة أنْ تَعقد زواجَها بنفْسها، أوْ تفوّضَ ذلك لأبيها أوْ لأحد أقاربها".

الْمَادّة 12 : (أُلْغيتْ بالأمْر رقْم 02-05 المؤرّخ في 27 فبْرايَر 2005)

➜ وَقَدْ كَانَتْ مُحَرّرَةً في ظلّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤرّخ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{لا يجوزُ للوَليِّ أنْ يَمْنَعَ مَنْ في وَلايَته من الزّواج إذا رَغِبَتْ فيه وكان أَصْلَحَ لها. وإذا وَقَعَ المنعُ فللقاضي أنْ يَأْذَنَ به مع مراعاة أحكام الْمَادّة 9 من هذا القانون. غير أنّ للأب أن يَمْنَعَ بنته البكْر من الزّواج إذا كان في المنع مصلحةٌ للبنت} ، وهو ما يُعرف اصطلاحًا لدى فقهاء الشّريعَة الإسْلاميّة **بالْعَضْل** وهو مُحرّم مبدئيا لقوله تعالى (فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ) (سورة البقرة 232) إلا إذا كانَ من طرف الوليّ لمصلحة المرأة.

❖ أكّدتْ ذلك المَحكَمَةُ الْعُليَا في قرارها الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤون الأُسْرَة وَالمواريث بتاريخ 1993/03/30 فَصْلاً في الطّعْن رقم 90468 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا - عَدَد خَاصّ باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصيَّة - 2001 الصَّفْحَة 47، وقد جاء فيه ما خلاصته : {ومتى تبيّن في قضية الحال أنّ الأبَ امتنعَ عن تزويج ابْنته دون توضيح الأسبَاب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بإذن المدّعية بالزّواج طبّقُوا صحيحَ القانون} ، وقد استند القرارُ في أسبابه على أحكام المادة 12 من قانُون الأسْرَة وعلى قوْل الشّيْخ خليل.

الْمَادّة 13 : (عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005)
لا يَجُوزُ للوَليِّ، أبًا كَانَ أَوْ غَيْره، أنْ يُجْبرَ القَاصرَةَ التي هيَ في ولايَتِهِ علَى الزّوَاج، ولا يَجُوزُ لَهُ أنْ يُزَوِّجَها بدُون مُوَافقَتها.

➜ وَقَدْ كَانَتْ مُحَرَّرَةً فِي ظِلِّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤَرَّخِ فِي 9 يُونْيُو 1984 كَمَا يَلِي :

{لا يجوز للوليّ أبًا كانَ أوْ غيره أنْ يُجْبِرَ مَن في ولايته على الزّواج، ولا يجوز له أنْ يُزوّجها بدون موافقتها}.

❖ بينما يُعتبَرُ الأبُ لدى معظم فقهاء المذهب المالكي وليًّا مُجْبرًا لابْنته الصّغيرة القاصر.

➜ لا تُجْبَرُ الزَّوْجَةُ على الدّخُول = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2008/03/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 415123 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2008، الصّفْحَة 275) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا يُمكنُ القاضي حتى بعد إبرام عقد الزّواج إجبارُ الزّوجة على إتمَام مراسيم الدّخول بها}، وفي قضية الحال فإن قضاة المَوْضُوع قد رفضُوا دعوَى الطاعن الرّامية إلى إلزام المطعون ضدها لاستكمال الدّخُول، وقد أيدتهم المحكمة العليا على أساس أن «عقدَ الزواج مبني أساسًا على الرّضَا وهو ركنٌ من أركانه المنصُوص عليها في الْمَادّة 9 من قَانُون الأُسْرَة، إضافةً إلى أن الْمَادّة 4 من القانون نفسه تعرّفُ الزواجَ بأنه عقدٌ رضائي ومن أهدافه تكوينُ أسرةٍ أساسُها المودّةُ والرّحمةُ والتعاون، وبناءً على المادتين المذكورتين لا يُمكنُ لقضاة المَوْضُوع إجبارُ زوجةٍ مَا على الدّخول بها رغمَ مُعارضتها له أو عدم رضاهَا به».

الْمَادّة 14 :
الصّدَاقُ هو مَا يُدْفَعُ نِحْلَةً للزّوْجَةِ منْ نُقُودٍ أَوْ غيرهَا منْ كُلِّ مَا هُو مُبَاحٌ شَرْعًا، وهُو مِلْكٌ لَهَا تَتَصرَّفُ فيه كَمَا تَشَاءُ.

➔ الصّداقُ ويسمّى أيضًا : الْمَهْرُ وَالطَّوْلُ وَالنِّحْلَةُ، ومن تعاريفه أنه : «الْمَالُ الْمُلْتَزَمُ لِلْمَخْطُوبَةِ لِمِلْكِ عِصْمَتِهَا» كما جاءَ في كتاب مِنَح الجَليل شرح مختصرِ خليل لصاحبه محمد بن أحمد بن محمد (علّيش)، وقد نصّ عليه القرآن الكريم في قوله تعالى : (وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً، فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا) (سورة النساء 4)، ولقول رَسُولُ اللّهُ صَلّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلّم لِمُرِيدِ النِّكَاحِ في الحديث الصحيح الذي رواه البخاري : "اِلْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيد".

❖ وفي المعجم الوسيط : (النّحلَى) المعْطَى على سبيل التبرّع، (النّحلة) العَطَاء والفَرض.

❖ لمْ يتعرّضْ القانونُ لتحديد أقلّ الصّداق أوْ أكثره، اهتداءً بقوله تعالى (وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ **وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا** فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا، أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا) (سورة النساء 20)، ولقول رَسُول اللّهِ صلّى اللّه عليْه وسلّم "مِنْ يُمْنِ الْمَرْأَةِ تَسْهِيلُ أَمْرِهَا أَوْ تَيْسِيرُ أَمْرِهَا وَقِلَّةُ صَدَاقِهَا".

الْمَادّة 15 : (عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005)
يُحَدَّدُ الصَّدَاقُ فِي العَقْد، سَوَاءٌ كَانَ مُعَجّلاً أَوْ مُؤَجّلاً.
فِي حَالة عَدَمِ تَحْدِيد قيمَةِ الصّدَاق، تَسْتَحقُّ الزّوْجَةُ صَدَاقَ الْمِثْل.

➔ وَقَدْ كَانَتْ مُحَرّرَةً فِي ظِلِّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤَرَّخِ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{يجبُ تحديدُ الصّداقِ في العقْدِ سواء كان معجّلا أوْ مؤجّلا}.

➔ معْظم فُقَهَاء الشّريعَة يَرَوْن أَنَّهُ يُنْدَبُ تَسْمِيَةُ الصَّدَاقِ وَالإِشْهَادِ عَلَيْهِ عِنْدَ الْعَقْد.

➜ قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/10/17 فَصلاً فيِ الطّعن رَقم 264555 (مَنشور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2003، الصَفْحَة 282) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مؤخّر الصّداق الثّابت بعقدٍ رسْمي حقٌّ للزّوْجة، وعلى الزّوْج يقع عبْءُ إثبات الوَفاء به}.

➜ المطَالبَةُ بمُؤخَّر الصَّدَاق أَمَامَ المجلْسِ لَيْسَتْ طَلَبًا جَدِيدًا = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤون الأسْرَة بتَاريخ 1984/04/16 فَصلاً فيِ الطّعن رَقم 32719 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا فيِ عَدَدهَا رَقم 2/1989 الصّفحَة 64 وَقد جَاءَ فيه ما خلاصته : {متى كان من المقرر قانونًا أنه لا تُقبل الطلباتُ الجديدة في الاستئناف ما لم تكن خاصةً بمقاصةٍ أو كانت بمثابة دفاعٍ في الدعوَى فإن القضاءَ بالاستجابةِ إلى الطلباتِ المتعلقةِ بتوابعِ العصمةِ المقدمةِ لأولِ مرّةٍ أمامَ قضاةِ الاستئنافِ لا يُعتبَرُ قضاءً في طلباتٍ جديدةٍ باعتبار أنها مشتقةٌ من الطلب الأصلي الذي هوَ فكُّ العصمة الزوجية، ولا تطبقُ بشأنها قواعدُ المادة 107 من قانُون الإجراءَات المَدَنيّة (القديم).

إذا كان الثابتُ، في قضية الحال، أنّ المطعون ضدّها لمْ تطالبْ بمؤخّر الصّداق أمام محْكمة الدّرجة الأولى، وأنها طالبتْ به أمام قضاة الاستئناف وحكموا لها به، فإنّ هؤلاء القضاة التزموا بتطْبيق القانون فيما قضوْا به}.

المَادّة 16 :
تَسْتَحِقُّ الزّوْجَةُ الصَّدَاقَ كَاملاً بالدُّخُول، أَوْ بوَفَاة الزَّوْج، وتَسْتَحِقُّ نِصْفَهُ عنْدَ الطّلاَقِ قبْلَ الدُّخُول.

❖ ويُسمّى الدّخولُ أيضًا في كُتُب الفقه بإرخاء السُّتُور.

➜ اسْتحْقَاقُ الصَّدَاق = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفة الأَحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 1987/03/09 فَصلاً فيِ الطّعن رَقم 45301

(مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 3/1992، الصَّفْحَة 60) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا أنّ الزّوجَة تَستَحِقُّ كَاملَ الصّدَاق إذا تُوفّيَ الزّوجُ قبلَ الدّخول ولم يُحْكم بفسخ العقد أو بالطلاق، وَمِنْ ثمّ فإنّ النّعيَ على القَرَار المطعُون فيه بانتهاك القواعد الشرعية غير سديد. ولمّا كَانَ الثّابتُ، فِي قَضيّة الْحَال، أنّ زوجَ المطعون ضدّها توفّي قبل الدّخول دونَ أن يُحكَمَ بفسخ العقد أو بالطلاق فإن قضاة المجلس برفضهم طلب أب الزّوج استرجاعَ نصفِ الصّداقِ لوفاة ابنه قبل الدخول طبّقوا المبادئ الفقهية تطبيقًا سليما}.

← اسْتِحْقَاقُ الصّدَاق كَاملاً يَتَطَلّبُ الدُّخُول = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1988/05/09 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 49283 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/1992، الصّفْحَة 44) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المقرّر فقهًا وشَرْعًا أنّ الزّوْجَة تَسْتحقُّ الصّدَاقَ كَاملا بمجرّد الدّخول واختلاءِ الزّوْج بها، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا المَبْدَأ يُعَدّ خَرْقًا لأَحْكَام الشّريعَة. ولمّا كَانَ الثّابتُ، فِي قَضيّة الْحَال، أَنّ الزّوْج لمْ يدْخلْ بزوْجته بعد انتقالها إلى داره لكوْنه كان فِي حالة اعتقال ممّا يتعذّر إتمام الخلْوة، ومن ثمَّ فإنّ المجْلس القضائي لما قضى بالطّلاق واستْحقاق الزّوْجة لكامل الصّداق يكون بقضائه كما فعل خرق القواعد الشّرْعية وانتهك النّصوص القانونية}.

← إذا كان عقدُ الزّواج صحيحًا فليْسَ منْ شُرُوطِ الخُلْوةِ بيْنَ الزّوْجَين إقَامَةُ عُرسٍ أَو احْتفَال = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1991/06/18 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 74375 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1993، الصّفْحَة 59) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المُقَرّر شَرْعًا وَقَانُونًا أنّه إذا أُبْرم عقْد زواج صحيح وتأكّدتْ الخُلْوةُ بين الزّوْجين، أصبحَ للزّوْجة الْحقّ فِي جميع

توابع العصْمة وكامل صداقها، حتى ولوْ لمْ يَقعْ احْتفالٌ بالدّخول، وَمنْ ثمَّ فإنَّ النّعْيَ على الحكْم المطْعُون فيه بمخالفة القانون غيْر سديد. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ الطّاعن أبْرم عقد الزّواج أمام ضابط الحالة المدنية بالبلدية المفْروض فيه توفّر الشّروط المطْلوبة، وأنّ المحْكمة تأكّدتْ منْ وقوع الدّخول والاخْتلاء بيْن الزّوجين، فإنّ القاضي الذي منحها جميع توابع العصْمة والصّداق بعد الطّلاق طبّق الشّرْع والقانون تطبيقا صحيحا}.

← تتحققُ الخُلْوَةُ الشّرْعيةُ بدُخُول الزّوْجَةِ بيْتَ الزّوْجية وَلَوْ لَيْلَةً وَاحدَة = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/09/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 342922 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2005، الصّفْحَة 413) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يُعدّ بناءً دُخُولُ الزوجة بيتَ الزوجية ولو ليلةً واحدة}.

❖ الأصْلُ في اسْتحْقاق نصفَ الصّداقَ قولُه تعالى : (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلاَّ أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ، وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى، وَلا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ) (سورة البقرة 237).

ومن قضاء المحكمة العليا في هذا الشأن قرارُها الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1986/01/27 فَصلاً في الطّعن رَقم 39022 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1989، الصّفْحَة 105) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : متى كانَ من المقرّر شرْعًا أنّ عقْد الزّواج الصّحيح والرّابطة الزّوْجية تنْحلّ بالطّلاق سواء قبْل الْبناء أوْ بعْده، فإذا فارق الرّجلُ امْرأتَه قبْل الدّخول بها وجب عليْه نصْفُ المهر}.

← نصْفُ الصّدَاق في حَال الطّلاق قَبْلَ الْبنَاء = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1993/10/16 فَصْلاً في

الطَّعْن 96801 (مَجلَّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 266) وَقَدْ جَاءَ فيه مَا خُلاصَتُه : {من المقرّر قانونًا أنّه عند الطّلاق قبْلَ البناءِ تسْتحقُّ الزّوْجَةُ نصْفَ الصّداق. ولما كان ثابتاً في قضية الحَال أنّ قضاةَ المَوْضوع طبّقُوا المادّة 5 من قانُون الأسْرَة على الطّلاق قبْلَ البناء وقضوا بإرْجاع الصّداق كاملاً على أساس أنّ العُدُولَ عن الخِطبة كان من طرَف الطّاعنة رغم أنَّ عقدَ الزّواج قد تمّ بيْن الطّرفين، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تَطْبيق القَانُون}، وكان على قضاة الموضوع تطبيق المادة 16 من قانُون الأسْرَة حسب حيثيات القرار.

❖ وأكدت المَحكَمَة العُليَا ذلك (الطّلاق قبل البناء ليْس فسْخًا ويتطلّبُ إرجاعَ نصْف الصّداق فقطْ) في قرارها الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1996/09/24 فَصْلاً في الطَّعْن 143725 (مَجلَّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 269).

الْمَادّة 17 :
في حَالَة النّزَاعِ في الصّدَاقِ بيْنَ الزوْجَيْن أَوْ وَرَثتهمَا وَلَيْس لأَحَدهمَا بيّنَةٌ، وكَانَ قبْلَ الدُّخُول، فَالقَوْلُ للزّوْجَةِ أَوْ وَرَثتهَا مَعَ اليَمِين، وإذَا كانَ بعدَ البنَاءِ فالقَوْلُ للزّوْج أَوْ وَرَثَتِهِ مع اليَمِين.

➔ عَدَمُ تَحْديد الصَّدَاق لا يُبْطِلُ الزَّوَاج = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة وَالمَواريث بتَاريخ 1998/11/17 فَصْلاً في الطَّعْن رَقم 210422 (مَجلَّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا - عَدَد خَاصٍّ باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة - 2001 الصَّفْحَة 53 وقد جاء فيه ما خلاصته : {إنّ عدم تحْديد الصّداقِ لا يبْطلُ الزّواج، لأنّه عنْدَ النّزاع يُقْضَى للزّوْجة بصداق المثل. ومتى تبيّنَ في قضيّة الْحَال أنّ الشّهود

الّذين وقعَ سماعُهُم قدْ أكّدُوا توافرَ أرْكان الزّوَاج العُرْفي مَا عدا الصّداقَ بقيَ مؤجّلاً حسبَ عادة المنْطقة، فإنّ قضاةَ المجْلس بقضائهم بتأْييد الحُكْم القاضي برفْض الدّعْوى الرّامية إلى إثبات الزّواج رغْم توافر أرْكانه فإنّهم عرّضُوا قرارَهم للتناقض والقصور في التّسْبيب لأنّ عَدَمَ تَحْديد الصّدَاق لا يُبْطل الزّوَاج}.

← الاخْتِلَافُ فِي الْمَسِيسِ (الْوَطْء) = قرَار المَحكَمَة الْعُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة وَالموَاريث بتَاريخ 1984/11/19 فَصلاً فِي الطَّعْن رَقم 34262 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، العدد 1/1990، الصَّفْحَة 76) وَقد جَاءَ فيه مَا خُلاَصته : {من المقرّر شرعًا أنّ إثبات أوْ نفْي ادّعاء الزّوْج عدم المسَاس، وادّعاءَ الزّوْجة المسِيس يوْمَ الدّخول بها، يكون فيه الحُكْم على أساس القوْلُ قوْلُها بيَمينها إنْ حَلَفَتْ استحقّت الصّداق كاملا وإنْ نَكَلَتْ حَلَفَ الزّوْجُ وتشاطر صداقَها، فإنْ نَكَلَ صُدّقَتْ هي واستحقّتْ كامل صداقها، ومنْ ثمّ فإنّ القضاءَ بما يُخالفُ هذا المبْدأَ يُعدّ قضاءً منْعدمَ التّسْبيب ومخالفًا لقواعد شرعية. ولما كانَ المجْلسُ القضائي قدْ أهْملَ تطبيقَ هذه القاعدة وسَكَتَ عنْها واكتفَى بالْقضاء على الزّوْجة بالرُّجوع إلى بيْت الزّوْجية الذي خرجت منه فإنّه بهذا القضاء أنْزل عمله منْزلة عدم التّسبيب وخالفَ قواعد شرعيّة}.

← حَالَةُ اخْتلافِ الزّوْجَيْن حَوْلَ مُؤَخّر الصَّدَاق = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأسْرَة بتَاريخ 1987/01/12 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 44058 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا فِي عَدَدهَا رَقم 2/1989 الصّفْحَة 97 وَقد جَاءَ فيه ما خلاصته : {متى كانَ من المقرّر شرْعًا أنّه في حالة نشُوءِ خِلافٍ بين الزوجين على مُؤخّر الصّداقِ يُؤْخَذُ بقولِ الزّوْجةِ مع يمينها إذا لمْ يُدخَلْ بها، وبعد البناءِ يكونُ القوْلُ للزّوْج مع يمينه}.

← حالةُ اخْتلاَفِ الزّوْجَيْنِ حَوْلَ الصَّدَاق وليْسَ لأحَدهِمَا بَيِّنَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1989/06/05 فصلاً في الطّعن رَقم 54198 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 4/1990، الصَّفْحَة 80) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المُقَرّر شرْعًا وَقانُونًا أنّه في حالة النّزاع على الصّداق بيْن الزّوْجين أو ورثتهما وليْس لأحدهما بيّنة، وكان قبْل الدّخول، فالقوْل للزّوْجة أوْ ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد الْبناءِ فالقوْل للزّوْج أو ورثته مع اليمين، ومنْ ثمّ فإنّ القضَاءَ بمَا يُخَالفُ هذَا المَبْدَأ يُعَدّ مُخَالفًا للقوَاعد الشّرْعيّة والقَانُونيّة. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ جهة الاسْتئناف التي أيّدت الحكْم المسْتأنف لديها القاضي على الطّاعن بأدائه للمطْعون ضدّها مؤخّر صداقها دون مراعاة للْقاعدة المتعلّقة بالْخلاف بين الزّوْجين على الصّداق، فإنّها بقضائها كما فعلتْ خالفتْ القواعد الشّرعيّة والقَانُونيّة}.

← الْفَصْلُ في الطّلَب لاَ يَكُونُ إلاّ بَعْدَ مَعْرِفَةِ مَوْقِفِ الْخَصْم = قرَار المَحْكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرْفَة الأَحْوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1987/12/07 فَصْلاً في الطّعن رَقم 44858 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 4/1990، الصّفْحَة 47) وَقَد جَاءَ فيه : {.. كما أنّه فيما يخصّ الصّداق الذي تدّعي الزوْجةُ أنها لمْ تقْبضْهُ، كلُّ شَخصٍ لا يُحكَمُ عليه بشيءٍ إلا إذا اتّخذَ موقفًا واضِحًا فيمَا يُطلبُ منه بالإنكار أو بالإقرار، والقرارُ المطعون فيه جاءَ خاليا من أقوال الزّوج حولَ الصّداق، فلا هو قد أنكرَ ولا هو قد أقرَّ ورفضَ الدفع، ومن القواعد الفقهية الجوْهريّة أنه لا يُحْكم على الخصْم إلا إذا عُرف رأْيُهُ فيما يُطْلبُ منْهُ وأُخذت الحُجّةُ عليه، ومن ثمَّ فالحُكمُ على الطاعن بدفع الصّداق غيرُ شرعي}.

➜ إذَا كَانَ النّزاعُ بعْدَ البْنَاءِ فالْقولُ للزَّوْجِ مَعَ الْيَمين = قرَار المَحكَمَةِ العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَةِ الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1991/06/18 فَصلاً ﰲ الطّعن رَقم 73515 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العْدَد 4/1992، الصّفْحَة 69) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرّ قَانُونًا أنه ﰲ حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أَوْ ورثتهما وليس لأحدهما بيّنة، وكان قبل الدخول، فالقولُ للزوجة أَوْ ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقولُ للزوج أَوْ ورثته مع اليمين، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا الْمَبْدَأ يُعَدّ مخالفا للقانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، ﰲ قَضيّة الْحَال، أَنّ قضاة المَوْضُوع الذين منحوا المصوغ باعتباره صداقاً إلى الزّوجة دون القيام بما هو واجب شَرْعًا ﰲ هذه المسألة خالفوا القانون}. وأيْضًا قرَارُها الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2012/01/12 فَصلاً ﰲ الطّعن رَقم 671539 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضائية، الْعَدَد 2/2012، الصّفْحَة 252) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : القولُ للزوجِ أو ورثته، مع اليمين، ﰲ حالةِ النّزاعِ ﰲ الصّداقِ بين الزّوجينِ بعد الدّخولِ (البناء). يُحَدّد القاضي صيغة اليمين}، وجاء ﰲ حيثيات القرار :

" كانَ يتعيّنُ أنْ يتمَّ تحديدُ صيغةِ اليمينِ المحكُومِ عليه بأدائِهَا ﰲ هذا الشأن، استنادًا إلى قَوْله المتضمن تمكينها من كامل صداقها، وذلك، طبقًا لأحكام الْمَادّة 17 من قانون الأُسْرَة، لثبوت دخوله بها، وعليه فإن قضاةَ المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بتحديد صيغة تلك اليمين، استنادًا إلى ادعاء المطعون ضدها المتضمن عدم تمكينها من صداقها المتمثل ﰲ سلسلة بالكتاب، منقوش، ومسيبعة، يكونون قد خالفوا أحكام الْمَادّة 191 من قَانُون الإجْرَاءَات الْمَدَنيّة وَالإدَاريّة، والمادة 17 من قانون الأُسْرَة، الأمر الذي يجعل هذا الوجه مؤسسا، ويتعيّنُ استنادا

إليـه وحـده، ودون مناقـشة الـوجهين الـسابقين لـه، القـضاء بـنقض القرار المطعون فيه".

← مَكَانُ أداءِ اليَمين = قـرَارُ المَحكَمَة العُليَا الـصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/12/08 فَصلاً في الطّعن رَقم 666627 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العْدَد 2/2012، الصّفْحَة 248) وَقَد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يُؤدِّي الخصمُ اليمينَ في الجلسة أو في مكانٍ يحدِّدُهُ القاضي. أداءُ اليمين في المسجد مطابق للقانون}. وجاء في حيثيات القرار :

" لكـن حيـث أنّ الْمَـادّة 193 مـن قَـانُون الإجْـرَاءَات الْمَدَنِيَّـة وَالإدَارِيّة تنص على أنْ تؤدّى اليمينُ من قبل الخصم الذي وُجِّهت له شخصيًا بالجلسة أو في المكان الذي يُحدّدُه القاضي، وبالتالي فإنّ القرارَ المطعون فيه لما نصّ على أداء اليمين القانونية من قبل المطعون ضدّه بالمسجد الكبير بسيدي بلعباس لم يُخالف أيّة قاعدةٍ جوهريةٍ في الإجراءات كما جاء في الوجه".

← أدَاءُ اليَمين بقَرَار = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2012/11/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 702617 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العْدَد 1/2013، الصّفْحَة 257) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : عدمُ حضُورِ المتقاضي لا يَمنَعُ قضاةَ المجلس، في حالة النزاع في الصّداق، من توجيه اليمين بموجب قرار}. وفي قَضِيّة الْحَال فإن قضاةَ المَوْضُوع قد أَلزموا الطاعنَ بدفع مؤخّر الصداق الذي يُنكره بحجّة أنّه لم يحضر جلسة الصُّلح وبالتّالي لم يؤد اليمين، وجاء في حيثيات القرار :

{حيثُ إنّه يتبيّن فعلا بالرّجوع إلى أوراق الملفّ والقرار المطعون فيه أنَّ قضاة المجلس أيّدُوا الحكمَ المستأنَفَ الذي ألزمَ الطاعنَ بأنْ يدفعَ للمطعون ضدها مبلغَ ستين مليون سنتيم استنادًا إلى أحكام

المَادّة 17 من قانون الأسْرَة، وإلى أنّ الطاعنَ الملزمَ بأداء اليمين، لمْ يحضرْ إلى جلسة الصلْح، مما يتعينُ الاستجابة لطلب المطعون ضدها الرّامي إلى الحكم على الطّاعن بأنْ يدفع لها ما تبقّى من الصّداق، كما جاء في تسبيب الحكم.

وحيث أن عدم حضور الطّاعن-المدّعي آنذاك-لا يُعفِي المحكمةَ من تطبيق أحكام المَادّة 17 من قانون الأسْرَة التي تنصّ على أنّه في حالة النّزاع في الصّداق بين الزّوْجين أوْ ورثتهما، وليْس لأحدهما بيّنة، وكان قبْل الدّخول، فالقوْل للزّوْجة أوْ ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقولُ للزوج أو ورثته مع اليمين، ومن ثمّ كان على قضاةِ المجلسِ توجيهَ اليمين طبقًا للمادة 17 المذكورة، لأنّ عدم حضور الطاعن لا يمنع المجلس من توجيه اليمين بموجب قرار طبقًا لنص المادّة 189 وما يليها من قانون الإجْرَاءات المَدَنِيّة والإدَاريّة}.

الْقِسْمُ الثّالِثُ - في عَقْدِ الزّوَاج وإثْبَاتِه

De l'acte et de la preuve du mariage

المَادّة 18 : (عُدِّلَتْ بالأمْر رَقْم 05-02 المؤرّخ في 27 فبْرَايَر 2005) يتمُّ عَقْدُ الزّوَاجِ أمَامَ الْمُوَثّقِ أَوْ أمَامَ مُوظّفٍ مُؤهّلٍ قانُونًا مع مُرَاعَاة مَا وَرَدَ في المادّتَيْن 9 (و) 9 مُكَرَّر منْ هَذا القَانون.

← المَادّة 18 كانَتْ مُحرّرَةً في ظلِّ القَانُونِ رَقْم 84-11 المُؤرَّخ في 9 يُونيو 1984 كمَا يَلِي : {يتمُّ عقدُ الزواج أمامَ المُوثّق أَوْ أمام موظفٍ مؤهلٍ قانوناً مع مراعاة ما ورد في المَادّة 9 من هذا القانون}.

← مُراعَاةُ مَا وردَ في المادتين 9 (و) 9 مُكَرَّر من طرفِ الموثقِ أو الموظفِ المؤهلِ (ضابط الحالة المدنية) تَعني وُجُوبَ تحقّق الأركان والشّروط المنصوص عليها قانونًا.

← قانون الحالة المدنية (الأمر رقم 20 -70 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970، المتعلق بالحالة المدنية) نص على أحكام عقد الزواج في المواد التالية :

عقود الزواج - المادّة 71 :

يختصّ بعقد الزّواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج. ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين.

المادّة 72 :

يسجل ضابط الحالة المدنية عقد الزواج في سجلاته حال إتمامه أمامه ويسلم إلى الزوجين دفترا عائليا مثبتا للزواج .

يحرر القاضي عقدا عندما يتم الزواج أمامه ويسلم إلى المعنيين شهادة، كما يرسل ملخصا عن العقد في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه في سجل الحالة المدنية خلال مهلة 5 أيام ابتداء من تاريخ تسليمه إلى الزوجين دفترا عائليا ويكتب بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين.

المادّة 73 :

يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي بصراحة بأن الزواج قد تُمَّ ضمن الشروط النصوص عليها في القانون.

كما يجب فضلا عن ذلك أن يبين فيه ما يلي :

-1 الألقاب والأسماء والتواريخ ومحل ولادة الزوجين،

-2 ألقاب وأسماء أبويْ كل منهما،

3- ألقاب وأسماء وأعمار الشهود،

4- الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء،

5- الإعفاء من السن الممنوح من قبل السلطات المختصة إذا لزم الأمر.

المادة 74 :

يجب على كل واحد من طالبي الزواج أن يثبت حالته المدنية بتقديم إحدى الوثائق التالية :

-ملخص مؤرخ بأقل من ثلاثة أشهر إما لشهادة الميلاد وإما لتسجيل الحكم الفردي أو الجماعي المثبت للولادة،

-دفتر عائلي يتعلق بزواج سابق.

إذا تعذر على أحد طالبي الزواج تقديم إحدى الوثائق المذكورة فيمكنه أن يقدم بدلا عن ذلك عقد إشهاد يحرر بدون نفقة وعند الاقتضاء بعد كل التحقيقات الضرورية من قبل رئيس المحكمة حول تصحيح مؤيد بيمين الطالب وثلاثة شهود أو حول تقديم الوثائق المبينة للحالة المدنية للمعني كالدفتر العسكري أو بطاقة التعريف أو الدفتر العائلي للأبوين الخ ....

كما يجب أن يبين في العقد ألقاب وأسماء ومهنة ومسكن ومكان وتاريخ ولادة طالب أو طالبة الزواج وأبويه إذا كانا معروفين والوضعية العائلية لطالب أو لطالبة الزواج مع إيضاح مكان وتاريخ زواجه السابق أو محله عند احتمال ذلك وسبب تعذر تقديم الملخص المشار إليه أعلاه .

المادة 75 :

عندما يكون ضابط الحالة المدنية أو القاضي غير مطلع شخصيا على حقيقة مسكن أو محل إقامة طالب الزواج فيجب أن

يقدم هذا الأخير ورقة تثبت وجود مسكنه أو محل إقامته وإلا فيوقع على تصريح بشرفه.

يجب على المرأة التي حُل زواجها السابق أن تقدم حسب الحالة :

-إما نسخة من عقد وفاة الزوج السابق أو نسخة من عقد الميلاد يشار فيها إلى وفاته أو الدفتر العائلي الذي قيد فيه عقد الوفاة،

-وإما ملخصا عن عقد الزواج أو الولادة يتضمن عبارة الطلاق أو الدفتر العائلي الذي يتضمن هذه العبارة أو نسخة عن حكم الطلاق مرفوقا بشهادة القاضي أو كاتب الضبط المختص يشهد بأنه صار نهائيا.

الْمَادّة 76 :

يجوز للشخص المدعو لإعطاء ترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون أن يعبر عن رضائه أما شفاهيا في وقت إعداد عقد الزواج، وإما بواسطة عقد رسمي محرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو قاضي مكان الإقامة أو موثق العقود.

وإذا كان هذا الشخص موجودا في الخارج فإن هذا العقد يحرره الموظفون الدبلوماسيون أو القنصليون أو السلطة المحلية التي لها حق تحرير العقود الرسمية.

الْمَادّة 77 :

يعاقَبُ القاضي الشرعي أو ضابط الحالة المدنية الذي يُحَرّر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين بالعقوبات المنصوص عليها في الْمَادّة 441 المقطع الأول من قانون العقوبات.

يعاقب ضابط الحالة المدنية أو القاضي الشرعي الذي لم يطبق الإجراءات المقررة في هذا الفصل بغرامة لا يمكن أن تتجاوز 200 دج بموجب حكم صادر عن المحكمة الناظرة في المسائل المدنية.

➔ عَقْدُ الزَّواج التَّوْثيقيّ إذا لَمْ يُسَجَّلْ لدَى مَصَالح الحَالَة المدنية = قرَار المَحكمَة العُليَا الصَّادر عَنْ غرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 2007/06/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 396339 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/2008، الصّفْحَة 253) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : عدمُ قيام الموثّق بتسجيل عقد الزواج المبرَم أمامَهُ بدفتر (بسجل) الحالة المدنية بالبلدية لا يؤثّرُ على صحّةِ الزّواج}.

➔ ذَهَبَ فُقَهَاءُ الشريعة إلَى أَنَّهُ يُنْدَبُ إعْلاَنُ النِّكَاح، حَتَّى يُشْهَرَ وَيُعْرَفَ، لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : "أعْلِنُوا النِّكَاحَ"، وَلِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : "أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ وَاجْعَلُوهُ فِي المَسَاجِدِ وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفِّ"، واستحَبُّوا إقَامَةَ الوَليمَةَ للزِّفَاف، كما اسْتَحَبُّوا الدُّعَاءَ لِلزَّوْجَيْنِ بَعْدَ الْعَقْدِ بِالْبَرَكَةِ وَحُسْنِ الْعِشْرَة.

الْمَادّة 19 : (عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005) للزّوْجَيْن أنْ يَشْتَرطَا فِي عَقْد الزّوَاجِ أَوْ فِي عَقْدٍ رَسْميّ لاَحِقٍ كُلَّ الشُّرُوطِ التي يَرَيَانِهَا ضَرُوريّة، ولاسيمَا شَرْطُ عَدَم تَعَدُّد الزّوْجَاتِ وعمَل المرأة، مَا لَمْ تَتَنَافَى هذه الشّرُوطُ مع أَحْكَام هَذا القَانون.

➔ وَقَدْ كَانَتْ الْمَادّة 19 مُحَرّرَةً فِي ظلِّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤَرَّخ فِي 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{للزّوجين أنْ يشْترطَا فِي عقْد الزّواج كلَّ الشّروط الّتي يَريَانِهَا ما لمْ تتنافى مع هذا القانون}.

❖ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم {أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُم بِهِ الْفُرُوجَ}، حديث رَوَاهُ الْبُخَارِيّ.

❖ الشرطُ المنافي مذكورٌ في الْمَادّة 35 أدناه.

❖ من الشروط ما هو صحيحٌ لا يتنافى مع المقصود من الزواج فيُعملُ به، ومنها ما هوَ فاسدٌ يناقضُ الغايةَ من الزواج فاشتراطُها يؤدّي إلى بطلان العقْد كزواجِ الشّغار بأنْ يشترط كلٌّ من الرَّجُلَيْن أن يُزوّج وليّتَه للآخر دون مهر، أوْ نكاحِ المحلِّل، أو زواجِ المتعة أو تعليقِ الزواج على شرطٍ مستقبلي، ومنها شروطٌ خارجةٌ عن ماهية عقد الزواج اختَلَفَ الفقهاءُ حول أثرها قبل وبعد الدخول، والقولُ الفصلُ بشأنها يَعودُ إلى القضاء.

➔ شَرْطُ تحْديدِ مَكَانِ الإقَامَةِ الزّوْجية = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/04/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 358665 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2006، الصّفْحَة 491) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : تُقِيمُ الزّوجّةُ كقاعدةٍ عامّةٍ حيثُ يقيمُ زوْجُها. يَحقّ لها اشْتراطُ تحديدَ مكان الإقامة الزّوجيّة عنْد أو بعْد إبرام عقد الزّواج}، وفي قضية الحال الزوجةُ تطالبُ بالبقاءِ في فرنسَا أيْنَ وَقع الزّواجُ والإقامة لمدة 15 عامًا غير أنّها لمْ تسْتطعْ إثبات أنّها اشترطتْ على الزّوْج تحديد الإقامة في ذلك البلد، وبالتّالي استجاب قضاةُ المَوْضُوع لطلب الزّوْج بأنْ ترافقه الزّوْجةُ إلى مسْكن الزّوْجية الْجديد بأرْض الوطن، وأيّدتهم المحْكمة العليا.

الْمَادّة 20 : (مُلْغَاة بالأَمْر رَقْم 05-02 المؤرّخ في 27 فبْرَاير 2005)

➔ وَقَدْ كَانَتْ الْمَادّة 20 مُحَرّرَةً في ظلِّ الْقَانُونِ رَقم 84-11 الْمُؤرَّخِ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{يَصِحُّ أنْ ينوبَ عن الزّوج وكيلُه في إبْرام عقْد الزّواج بوكالة خاصّة}.

← إلْغاءُ هذا النّصّ لا يعْني منْعَ الوكالة في إبْرام عقْد الزّواج في غياب أيّ نصّ يُصرّحُ بالمنْع، وإنّما يعني تطبيقَ القواعد العامة في باب الوكالة كما هي واردةٌ في القانُون المَدَني، وهي لا تمنعُ الوكالةَ في الزواج عن الزوجيْن ودون أيّة إجْراءاتٍ كمَا هو معمول به في الواقع الجزائري (والإسلامي كلّه) دونَ أيِّ استثناء :

المَادّة 571 مدني : الوكالةُ أو الإنابة هو (هي) عقدٌ بمقتضاه يُفوِّضُ شخصٌ شخصًا آخرَ للقيام بعمل شيءٍ لحسابِ الموكِّلِ وباسْمِه.

المَادّة 572 مدني : يجب أنْ يتوفّرَ في الوكالة الشّكلُ الواجب توفّرُه في العمل القانوني الذي يُكوّنُ مَحَلَّ الوكالة ما لمْ يوجدْ نصّ يقْضي بخلاف ذلك.

المَادّة 573 مدني : إنّ الوَكَالَةَ الوَاردةَ بألْفَاظٍ عَامّةٍ، والتي لا تخْصيص فيها حتّى لنوْع العمل القانوني الحاصل فيه التّوْكيل، لا تُخَوّلُ للوكيل إلاّ القدْرة على تنْفيذ العقود الإدارية.

ويُعتبَر من العُقود الإدارية الإيجارُ لمدّة لا تزيدُ عنْ ثلاث سنوات، وأعمالُ الحفْظ والصّيانة واسْتيفاء الحقوق ووفاء الدّيون، وجميع أعْمال التّصرّف كبيْع المحْصول، وبيْع البضاعة أوْ المنْقولات التي يسْرع إليْها التّلف، وشراء ما يسْتلزم الشّيْء محلّ الوكالة منْ أدواتٍ لحفظه ولاسْتغْلاله.

المَادّة 574 مدني : لا بُدّ من وَكالةٍ خاصّةٍ في كلّ عمل ليْسَ منْ أعْمالِ الإدارةِ لاسيما في البيْع والرّهن والتبرّع والصّلح والإقرار والتّحْكيم وتوْجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.

الوكالةُ الخاصةُ في نوعٍ معينٍ من أنواعِ الأعمالِ القانونيةِ تَصحُّ ولوْ لمْ يُعَينْ محلُّ هذا العمل على وجْه التّخْصيص، إلا إذا كان العمل من التبرّعات.

الوكالةُ الخاصةُ لا تُخوّلُ للوكيل إلا القدرةَ على مُباشرة الأمُور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمُورُ من توابع ضرورية وفقًا لطبيعة كلّ أمرٍ وللعرف الجاري.

➜ التّوْكيلُ في الزّوَاج :

❖ تجوزُ الوكالةُ عنْ كلِّ الأطْرافِ في عقدِ الزواج (الزّوجان والوليّ) لدَى كلّ المذاهب الإسْلاميّة.

❖ نص على أحكام الوكالة في إبرام عقد الزواج المشرّعان المغربي والتونسي على النحو التالي :

- جاء في الفصل 9 من **مَجَلّة الأَحْوَال الشّخْصِيّة التُّونُسيّة** : {للزوج والزوجة أنْ يتوليَا زواجهما بأنْفسهما وأنْ يوكّلا به منْ شاءَا، وللوليّ حقّ التّوْكيل أيضًا}.

-وأمّا **مُدَوّنَة الأُسْرَة المغربية** فنصّت على التّوْكيل في الْمَادّة 17 بقولها :

{يتمّ عقْد الزّواج بحضور أطْرافه، غيْر أنّه يمْكن التّوْكيل على إبْرامه بإذْن من قاضي الأُسْرَة المكلّف بالزّواج وفْق الشّروط الآتية :

1 - وجود ظروفٍ خاصة، لا يتأتّى معها للموكّلِ أنْ يقومَ بإبرام عقد الزّواج بنفْسه ؛

2 - تحْرير وكالة عقْد الزّواج في ورقة رسْميّة أوْ عرْفية، مصادق على توْقيع الموكّل فيها ؛

3 - أنْ يكون الوكيل راشدًا متمتّعًا بكامل أهْليته المدنية، وفي حالة توْكيله من الوليّ يجب أنْ تتوفّر فيه شروط الولاية ؛

4 -أنْ يُعَيّنَ الموكّلُ في الوكالة اسْمَ الزّوْج الآخر ومواصفاتِه، والمعلوماتِ المتعلّقة بهويّته، وكلّ المعلومات التي يرَى فائدةً في ذكْرها ؛

5 -أن تتضمن الوكالة قدر الصداق، وعند الاقتضاء المعجّل منه والمؤجل. وللموكل أن يحدّد الشروط التي يريد إدراجها في العقد والشروط التي يقبلها من الطرف الآخر ؛

6 -أن يؤشر القاضي المذكور على الوكالة بعد التأكد من توفرها على الشروط المطلوبة}.

المَادَة 21 :
تُطبَّقُ أَحْكَامُ قَانُونِ الحَالَة المدَنية في إجْراءَاتِ تَسْجِيلِ عَقْدِ الزَّوَاج.

◄ أَحْكَامُ قانون الحالة المدنية يتضمّنُها الأمْرُ 70-20 المؤرّخ في 19 فبْراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية - جريدة رقم 21 ونصوصه التطبيقية :

المرسوم 72-105 المؤرخ في 07 يونيو 1972

المرسوم 71-155 المؤرخ في 03 يونيو 1971

المرسوم 71-156 المؤرخ في 03 يونيو 1971

المرسوم 71-157 المؤرخ في 03 يونيو 1971

← الرُّخَصُ الإدارية للزَّوَاج = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/06/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 357345 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2007، الصّفْحَة 461) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : الرّخصةُ الإدارية بالزّوَاج الممنُوحة من بعض الجهات الوصية لموظّفيها وأسْلاكها لا تُعدّ رُكنًا من الأركان المنْصُوص عليْها في المَادّة 9 من قَانُون الأُسْرَة}، وجاءَ في قرار المحْكمة العلْيا أنّ الرّخْصة الإدارية «يتعلق أمْرُها بالموظّف والإدارة لا غيْر».

المَادّة 22 : (عُدِّلَتْ بالأَمْر رَقْم 05-02 المؤرَّخ في 27 فَبْرَايَر 2005)
يُثْبَتُ الزّوَاجُ بمُسْتَخْرَجٍ مِنْ سِجِلِّ الحَالَة المدَنية، وفي حَالَة عَدَم تَسْجيله يُثْبَتُ بحُكْمٍ قضَائي.

يجبُ تسْجيلُ حُكْمِ تثبيتِ الزّوَاجِ فِي الحَالةِ المدنيةِ بسَعْيٍ من النّيَابَةِ العَامّة.

➜ وَقَدْ كَانَتْ الْمَادّة 22 مُحَرّرَةً فِي ظلِّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤَرَّخِ فِي 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{يُثْبَتُ الزواجُ بمستخرَجٍ من سِجلِ الحالةِ المدنية، وفي حالةِ عدم تسجيله يُثْبَتُ بحكمٍ إذا توافرت أركَانُه وِفقًا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية}.

➜ إثبَاتُ الزّوَاجِ بإثبَات توافُر أرْكَانِه ومنْهَا رضَا الزّوْجَة = قرَار المَحكَمَة الْعُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة وَالموَاريث بتَاريخ 1984/09/24 فَصْلاً فِي الطَّعْن رَقم 34438 (مَجَلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، العدد 1/1990، الصَّفْحَة 64) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصته : {متى كان من المقرّر شرعًا أنّ الزّواج الصّحيح لا يقوم إلاّ على أرْكان مبيّنة بوضوح، ويقول ابْن زيْد القيْرواني في رسالته : لا نكاح إلا بوليّ وصداقٍ وشاهدَي عدل، وأيضًا لا يُزوجُ البنتَ أبٌ ولا غيرُه إلاّ برضاها وتأذن بالقول، ومن ثمّ فإنّ القضاءَ بما يخالف أحكام هذا المبدأ يُعدّ خرقًا لأحكام الشّريعَة الإسْلامِيّة. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أنّ قضاة الاستئناف ألْغَوْا الحكمَ المستأنفَ ومن جديد قضوا بصحّة الزواج بين الطاعنين اعتمادًا على تصريحات شهودٍ لا يتبيّنُ منها توافُرُ هذه الأركان فإنّهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشّرع}.

➜ عند الْمَالِكيّة يكون إثباتُ الزواج **بين الأحيَاء** بشهادة شاهدَيْن على الأقلّ، تكون شهادتُهُما شهادةً مباشرةً بأنْ حضرَا العقْدَ أوْ عنْ طريق التّسامُع الفَاشي، وأنه لا يَجوزُ الاعتمادُ على توجيه اليمين الحاسمة في هذا الصّدد، وأمّا إثباتُ الزّواج **بعد وفاة** أحد الطرفين فإن الدّعْوَى تتعلّقُ إذنْ بالميراث ويجوز الإثباتُ بشاهدٍ

مع اليمين، حسبما جاء في كتاب مِنَح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ محمد بن أحمد بن محمد (علّيش).

← دعْوَى إثباتُ الزَّواج غيْرُ مُحَدَّدةٍ بمُهْلَة = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1991/04/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 71732 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1993/2، الصَفْحَة 51) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المبادئ المستقرّ عليها قضاءً وقانونًا أنّ دعْوَى إثبات الزّواج غير محدّدة بمهْلة معيّنة، وَمِنْ ثمّ فإنّ النّعْيَ على القرَار المطعُون فيه بمخالفة القواعد الجوْهرية في الإجْراءات غيرُ سديد يستوجب رفضه. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ المطْعون ضدّها رَفعت دعْواهَا لإثبات الزّواج بعْدَ عشرين سنة من انعقاده وبعد وفاة الزّوج، فإنّ قضاةَ المَوْضُوع الذين أثبتوا هذا الزّوَاجَ بناءً على شهادة الشّهود ولتوفره على جميع أركان عقد الزواج وقرائن تسجيل الوَلَدَيْن باسم أبيهما أثناء حياته دون أن يُعترضَ على ذلك يكونوا قد طبّقوا صحيح القانون}.

← إثبَاتُ الزَّوَاجِ بشَهَادَة الأَقَاربِ جَائِزَة = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة وَالموَاريث بتَاريخ 1998/03/17 فَصْلاً في الطّعْن رَقم 188707 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا - عَدَد خَاصٌ باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصِيَّة - 2001 الصَّفْحَة 50 وقد جاء فيه ما خلاصته : {من المسْتقرّ عليه أنّه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزّواج والطّلاق. ومتى تبيّن في قضية الحال أنّ المسْتأنفة أتتْ بشهودٍ أكدوا واقعة الزّواج مبيّنين في شهادتهم أرْكان الزّواج من ولي وشهودٍ وصداق، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزّواج العُرفي طبّقوا صحيحَ القانون}.

← القَاضِي هو مَنْ يَسْمَعُ الشّهُودَ ولا يُكلّفُ بذلكَ الموثّقَ = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة وَالموَاريث بتَاريخ

1992/09/29 فَصْلاً فِي الطَّعْن رَقم 84334 (مَجلَّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا - عَدَد خَاصٍ باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة - 2001 الصَّفْحَة 44 وقد جاء فيه ما خُلاصته : {متى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لمّا كلّفوا الموثقَ بسماع شهودِ الزواجِ المدّعَى به يكونون قد تخلّوا عن مسألة تتعلق باختصاصهم، لأنه لا يُمكن للموثق أن يقومَ بذلك مكانهم. وعليه فإن القضاةَ باعتمادهم على تقرير الموثّق فيمَا يَخُص إثبات الزواج خالفوا القانون وأخطأوا في تطبيقه}.

← إثبَاتُ الزّوَاج والنّسَب هي منْ قضَايَا الْحَالَة فلا تَسْري علَيْهَا أَحْكَامُ حُجّيّةِ الشَّيْءِ المقْضِي = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/04/18 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 262912 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2002، الصّفْحَة 409) وقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : إنّ قضايَا إثباتَ الزّواجِ والنّسب تُعدّ من قضايا الحالة لا تُطبَّق بشأْنها الْمَادّة 338 من القانُون المَدَني، فكان يتعيّنُ على قضاة المَوْضُوع الْقيَامُ بإجْراءِ تحْقيقٍ للْوصول إلى الحقيقة}.

← إثبَاتُ الزّوَاج منْ قضَايَا الْحَالَة فلا تَسْري علَيْهَا أحْكَامُ حجّيّةِ الشّيْءِ المقْضِي = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة وَالموَاريث بتَاريخ 1998/12/15 فَصْلاً فِي الطَّعْن رَقم 211509 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُليَا - عَدَد خَاصٍ باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصيّة - 2001 الصَّفْحَة 56 وقد جاء فيه ما خلاصته : {إنّ حُكْم إثباتِ واقعةِ الزّواج يكْتسِي حجيّةً مؤقّتة. ولمّا كان ثابتًا في قضية الْحال أنّ قضاةَ المَوْضُوع لما قضوْا برفْض طلب الطّاعن الرّامي إلى إلْغاء عقْد الزّواج المسَجّل بالْحَالة المدنية باعْتبار أنّ حُكْم إثبات أوْ عدم إثباتِ واقعة الزّواج العُرْفِي يكْتسِي حجّيّةً مؤقّتةً ويكون حسب توفُّر الأدلّة. وبالتّالي فإنّ القضاة وبقضائهم كما فعلوا طبّقُوا صحيحَ القانون}، وفي قضية الحال كان قدْ سبقَ الحُكْم في 1987/12/27 برَفْض دعْوَى إثبات الزّوَاج بحُكم

أصبح نهائيا ثم أعيد طرح الدعوى من جديد وصدر حكم بإثبات الزواج في 1998/01/06 مؤيد بقرار في 1998/04/29.

← لا زواج بدون إثبات = قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1989/12/11 فصلا في الطعن رقم 55706 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 1/1992، الصفحة 48) وقد جاء فيه : {المبدأ : من المقرر قانونًا أنه يُثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يُثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا للقانون، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبيب وانعدام الأساس القانوني في غير محله. ولما كان الثابت، في قضية الحال، أن المجلس القضائي لما قضى بعدم وجود الزواج ورفض دعوى الطاعنة لعدم إثباته كان على صواب وطبق القانون تطبيقا صحيحًا} (وجاء في حيثيات القرار أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة شاهدين عدلين).

← إثبات الزواج عن طريق الشهود = قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1989/03/27 فصلاً في الطعن رقم 53272 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 3/1990، الصفحة 82) وقد جاء فيه : {المبدأ : من المقرر شرعًا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني ومخالفة قواعد الإجراءات في غير محله يستوجب الرفض. ولما كان الثابت، في قضية الحال، أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني}.

← إثبات الزواج يكون بشهادة ذكرين عدلين = قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1986/12/15 فصلاً في الطعن رقم 43889 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 1993/2، الصفحة 37) وقد جاء فيه : {المبدأ : من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية. ولما كان الثابت، في قضية الحال، أن القرار المطعون فيه جاء خاليا من أية حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية ومخطئ في فهم أنواع الشهادات في الفقه}.

← إثبات الزواج عن طريق الشهود واليمين المتممة = قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2008/02/13 فصلاً في الطعن رقم 424799 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 2008/2، الصفحة 307) وقد جاء فيه : {المبدأ : يجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود واليمين المتممة} (اعتبروا شهادة الشهود كبداية دليل - المادة 348 من القانون المدني).

← إثبات الزواج العرفي بعد الوفاة يكون بشهادة الشهود واليمين = قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1998/09/22 فصلاً في الطعن رقم 204254 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 2000/2، الصفحة 173) وقد جاء فيه : {المبدأ : يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الزوجين بشهادة الشهود ويمين، وهذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة «لا نكاح بعد الموت». ومن ثم فإن قضاة

المَوْضُوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدّها حول إعادة زواجها العرفي من الهالك إضافة إلى سماع شهادة الشهود طبقُوا القانونَ تطبيقًا سليمًا. (على أساس أن دعوَى إثبات الزواج بعد الموت هي دعوى تتعلق بالإرث والصداق، أي تتعلق بالأموال فتُقبَلُ فيها شهادةُ رجلين أو رجل وامرأتين أو شاهدٍ ويمين كما جاء في حيثيات القرار)}.

➜ الشّهُودُ (من بينهم امرأتان) والوَليُّ (عمّ الزّوْجة) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2007/1402 فَصلاً في الطّعن رَقم 381880 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2007، الصّفْحَة 483) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يثبتُ الزواجُ العُرفي بشهادةِ الأقاربِ أو بشهادةِ امرأتين ورجل، ولا يُشتَرَطُ أَنْ يكونَ الوليّ محصورا في الأب فقط}، وفي قضية الحال كانتْ محكمة الدّرجة الأولى قد اسْتمعتْ إلى عدّة شهودٍ من بينهم امرأتان، كما استمعتْ إلى عمّ الزّوْجة على أساس أنّه كان هو وليّها، غير أنّ قضاةَ المجلس أَلْغَوْا حُكْمَ إثبات الزّواج بدعْوى أنه لا يحقّ وجود شاهدتين من أقارب الطّاعنة وأنّ العمّ لا تصحّ ولايته، فقضت المحكمةُ العليا بنقض القرار دون إحالة.

➜ إثبَاتُ الزّواج العُرفي بعدَ وفَاة الزّوْج = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شؤُون الأُسْرَة وَالموَاريث بتَاريخ 1999/04/20 فَصْلاً في الطّعْن رَقم 221329 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا - عَدَد خَاصّ باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصِيّة - 2001 الصَّفْحَة 60 وقد جاء فيه ما خلاصته : {يثبتُ الزّواجُ العُرفي متى تبيّنَ أنّ أركانَ الزواج متوفّرةٌ فيه طبقًا لأحكام المادة 9 من قانُون الأسْرَة. ومتى تبيّنَ في قضية الحال أن أركانَ الزواج متوفرةٌ بما فيها الاستماعُ إلى الشهود والإمام الذي قرأَ الفاتحة وتعيين المهْر وحُضور الوليّ، فإن القضاةَ بقضائهم بإثبات الزواج العُرفي المبرَم بين المدعية والمرحُوم طبّقوا صحيح القانون}.

❖ وأكدت المَحكَمَةُ العُليا ذلك في قرارٍ آخر صادرٍ عَنْ غُرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 2009/03/11 فصلاً في الطّعن رَقم 479392 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2009، الصّفْحَة 287) وقد جاءَ فيه : {المَبدأ : القاضي غيرُ مُلْزَم، في مجال إثبات الزواج العرفي بعد وفاة الزوج، بالرجوع إلى تطبيق الشّريعَة الإسْلاميّة وتوجيه اليمين للزوجة ما دام النصّ القانوني موجودا}، وفي قضية الحال قام قضاة المَوْضُوع بسماع شهود الإثبات لتأسيس حكم إثبات الزواج، ودفع الطاعنون بأن القضاة لم يوجّهوا اليمين للزوجة المدعية ولم يستمعوا لشهود النّفي فرَفَضَت المحكمةُ العليا دُفُوعَهم.

➜ إثباتُ الزّوَاج بالشُّهرَة والتَّسَامُع = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 2012/07/12 فصلاً في الطّعن رَقم 693621 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2012، الصّفْحَة 269) وقَد جاءَ فيه : {المَبْدَأ : يُمكنُ قضاءً إثباتُ الزواج بالشهرة والتسامع. تجوز الشهادة على الزّواج، عن طريق التسامع المتواتر، حتى ولو لم يحضر الشّاهد مجلس العقد}. وجاء في حيثيات القرار :

"حيث أنه إذا كان الأصل في الشهادة الإحاطةُ والتيقّنُ فإن المتفقَ عليه فقهًا وقضاءً أنّ الزواج يُمكن إثباتُه حتى بالشّهرة والتسامُع وفقًا لما هو مقرّر شَرْعًا، ويجوز للشاهد وفقَ ذلك أنْ يَشهَدَ بالزواج ولوْ لمْ يحضرْ مجلس العقد متى كان ما يَشهدُ به تسامُعًا متواترًا سَمِعَهُ من جماعة لا يُتصوّر تواطُؤُهُم على الكذب، وبالتالي فطالما أن حكمَ الدرجة الأولى قد أثبتَ شهادةَ شاهدين يُؤَكدان واقعةَ الزواج فإنّ المحكمة والمجلس بردّهما شهادة الشاهدين وعدم الأخذ بها بدعوى عدم حضور شهودٍ من أهل الزوج والإمام الذي قرأ الفاتحة وإدانة الطاعنة بجرم التزوير واستعمال المزور في العقد المسجل بالحالة المدنية لا يُعَدّ مبررًا كافيًّا لاستبعاد شهادة

الشاهدين، ويكون القرارُ بذلك قد أقام قضاءَهُ على غير سند، مما يجعلُ الوجه سديداً".

← إثباتُ الزّوَاج لا يَكُونُ بمُجَرَّد الاعْتمَاد علَى يَمين المدَّعيَة = قرار المَحكَمَة العُليَا الصَّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2000/09/19 فَصلاً في الطّعن رَقم 248683 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2003، الصَفْحَة 274) وقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : القضاءُ بإثبات الزّوَاج العُرفي اعتماداً على يمين الزوجةِ دون توافرِ أركانِهِ مخالفٌ للشرع والقانون}، وفي قضية الحال فإن المطعون ضدّها رفعت دعواها عام 1998 أمام محكمة الأبيض سيدي الشيخ لإثبات زواجها العُرفي الذي تدّعي وقوعَهُ عام 1956 بينها وبين أخ الطاعن المتوفّى.

← يَجبُ مُراعَاة إشهَار الزّوَاج إلى جَانب الأركَان والشُّرُوط = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1990/04/30 فَصلاً في الطّعن رَقم 75344 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 4/1992، الصَفْحَة 65) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا وقانوناً أنّ الزّواج الشّرعي يقوم على العلانية والشّهرة ومراعاة شروطه وأرْكانه، وَمنْ ثمَّ فإنّ النّعْيَ على القَرَار المطعُون فيه بانعدام أوْ قصور الأسْباب وتناقض الأسْباب في غير محلّه. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ الطّاعنة عجزتْ عنْ إثبات زواجها رغْم محاولات الشّهود الذين شهدوا لها بالزّواج وأدينوا معها في جريمة التّزوير، فإنّ قضاةَ المَوْضُوع برفضهم لدعوَى الطاعنة الرامية إلى إثباتِ زواجها بالمتوفى طبقُوا صحيحَ القانون}، وجاء في حيثيات القرار :

{... فمعاشرة رجُلٍ لامرأةٍ طالتْ مُدّتُها أو قصرتْ، ولو وقع الإشهاد بها، لا تُعَدّ زواجًا، فالزّواج الشّرْعي يقوم على العلانية والشّهرة ومراعاة شروطه وأرْكانه، وفي غيْر هذا فليْس ثمَّة زواج}.

➜ الاعتراف بالمعاشرة الجنسية لا يكفي لإثبات الزواج أو إلحاق النسب = قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1984/10/08 فصلاً في الطعن رقم 34137 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 4/1984، الصفحة 79) وقد جاء فيه: {المبدأ: من المقرر شرعًا أنّ الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعًا يكون باطلا، ومن ثمّ فلا تُعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجًا، ولما كان كذلك، فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ خرقًا لأحكام الشريعة الإسلاميّة.

ولمّا كان الثابت، في قضية الحال، أنّ العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنّه كان يُعاشر صاحبه جنسيا، فإنّ قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادًا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكامَ الشّريعة الإسلاميّة}.

◄ التّصريحات العامّة للشّهود لا تكفي لإثبات الزّواج = قرار المحكمة العُليا الصّادر عن غرفة شؤون الأسرة بتاريخ 1984/11/05 فصلاً في الطّعن رقم 34030 والمنشور بمجلّة المحكمة العُليا في عددها رقم 2/1990 الصّفحة 82 وقد جاء فيه ما خلاصته: {من المقرر شرعا أنه يجوز إثبات عقد الزواج بشهادة شهود تفيد وجوده الشرعي، ومن ثمّ فإنّ القضاء بإثبات عقد زواج اعتمادًا على شهادة شهود لا تفيدُ انعقادَه شرعًا يُعدّ خرقًا لمبادئ وأحكام الشّريعة الإسلاميّة. ولما كان قضاة الاستئناف اكتفوا في قرارهم بالقول أنّ الزوجَ تارةً يُنكر الزواجَ وتارةً يطلبُ التصريح بعدم الاختصاص وأنّ شهودَ المطعون ضدها صرّحوا أمام القاضي الأول بأنَّ الطرفين كانا متزوجين وعاشا عِيشةَ الأزواج، فإنهم بقضائهم بإثباتِ عقد الزواج بين الطرفين خالفوا أحكامَ الشريعة باعتبار أن هذه التصريحات لا تكون كافية لإثبات عقد الزّواج الشّرعي}.

◀ الطّعْنُ بالنّقْض يُوقِفُ تنْفيذَ حُكْم إثبات الزّواج = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شؤُون الأسْرَة بتَاريخ 1984/04/02 فَصلاً في الطّعن رَقم 32066 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عَددهَا رَقم 2/1989 الصّفحَة 57، وَقد جَاءَ فيه ما خُلاصته : {متى كانَ من المقرر قانونًا أنه ليسَ للطعن بالنقض أثرٌ مُوقِفٌ إلا إذا تعلّقَ الأمرُ بحالة الأشْخاص أوْ أهْليتهم فإنّ القرارَ القاضي بما يُخالف أحْكامَ هذا المبدأ يُعدّ مُنْعدم الأساس القانوني. إذا كان الثابت أن القرار الذي أمَرَ بتسجيل الزواج بين طرفي النزاع في الحالة المدنية طُعن فيه بالنقض من قبل الطاعن، وقد نُقض فعلاً من طرف المجلس الأعْلى، فإنّ قضاةَ المَوْضوع بقضائهم في الدّعوَى بترْجيع الزّوْجة إلى محلّ الزوجية ودفْع نفقة لها دون وقْف الفصْل في هذه الدّعوى لحين البتّ فيها في المجلس الأعلى يكونوا قد عرّضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني} ، وقد اعتمدت المحكمة العليا في قرارها هذا على نص المادة 238 من قانُون الإجرَاءَات المَدَنيّة (القديم) {وتقابلها المادة 361 من قانُون الإجرَاءَات المَدَنيّة والإدَاريّة الحالي ونصّها : "لا يترتّب على الطّعْن بالنّقْض وقْف تنْفيذ الحُكْم أوْ القرار، ما عدا في الموادّ المتعلّقة بحالة الأشْخاص أوْ أهْليتهم وفي دعْوى التّزْوير"}.

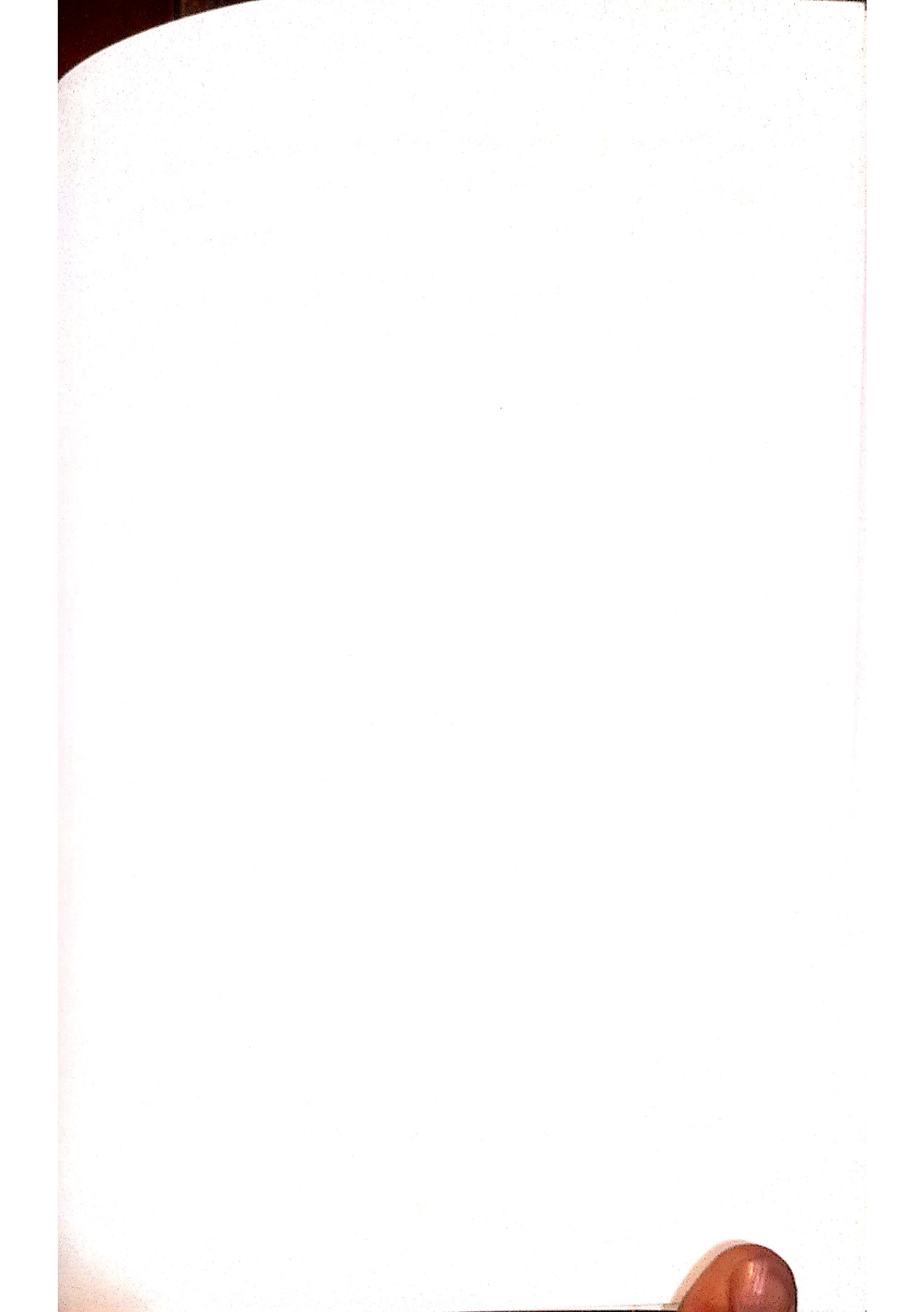
بينمَا الطّعْن بالنّقْض في أحْكام الطّلاق أو التّطْليق لا يوقف تنْفيذها طبْقا لأحْكام الموادّ 435 و452 من قانُون الإجرَاءَات المَدَنيّة والإدَاريّة (انْظر هامش المادّة 49 من قانُون الأسْرَة أدناه).

◀ من باب القياس جاء في المَادّة 16 من مُدوَّنَة الأُسْرَة المغربية : {تُعْتبَرُ وثيقةُ عقْد الزّواج الوَسيلةَ المقبولةَ لإثبات الزواج.

إذا حالت أسبابٌ قاهرةٌ دون توثيق العقد في وقته، تَعتمدُ المحكمةُ في سماع دعوَى الزوجية سائرَ وسائل الإثبات وكذا الخبرة.

تأخذُ المحكمةُ بعين الاعتبار وهي تنظرُ في دعوى الزوجية وجودَ أطفالٍ أو حملٍ ناتجٍ عن العلاقة الزوجية، وما إذا رُفعت الدعوَى في حياة الزوجين.

يُعمل بسماع دعوَى الزوجية في فترةٍ انتقاليةٍ لا تتعدَّى خمسةَ عشر سنة ابتداءً من تاريخ دخول هذا القانون حيّز التنفيذ}.



الْفَصْلُ الثّاني - مَوَانِعُ الزّوَاج

Des empêchements au mariage

الْمَادّة 23 :

يَجبُ أنْ يَكُونَ كُلٌّ مِنَ الزّوْجَيْنِ خُلْوًا مِن الموَانِعِ الشّرْعِيةِ المؤَبّدَةِ والمؤَقّتَة.

❖ والموَانِعُ الشرعيةُ هيَ أوْصافٌ تقومُ بأحدِ الطّرفيْن أوْ كِلَيْهما وتمْنعُ أحدهُما منْ أنْ يرْتبطَ بعقْدِ زواجٍ بالطّرفِ الآخر، إمّا بصفةٍ دائمةٍ وإمّا بصفةٍ مؤقّتة.

الْمَادّة 24 :

مَوانعُ النّكَاح المؤَبّدَة هيَ :

- القَرَابَةُ،
- المصَاهَرَةُ،
- الرَّضَاعُ.

❖ القَرَابَةُ هي الدُّنُوّ فِي النَّسَب، والمُصَاهَرَةُ هي القَرَابَةُ النَّاتِجَةُ عَنِ الزَّوَاجِ.

❖ الرَّضَاعُ : وهو أنْ يتغذّى الصّغيرُ ما دون العَامَيْن بلَبَنِ المرأةِ فتُصبْحُ أُمًّا لَهُ بالإرْضَاع، ويُصبْحُ أوْلادُها إخْوةً له، وذلك لقوْله تعَالى : (وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ) (سورة النساء 23)، ولِقَوْلِهِ صلى الله عليْه وسلّم {يَحْرُمُ مِنْ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنْ النَّسَبِ}. والشّرْطُ في ذلك أنْ يصلَ اللّبَنُ إلى جوْف الرّضيع، وألاّ يبْلُغ الرّضيعُ حَوْلَيْن لقوْله سبْحَانه : (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ

يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ). (سورة البقرة 233)، فإنْ كانَ قدْ فُطِم واسْتغنَى عن الرّضاعة فلا يَحْرم، واشْترَطَ بعْضُ الْفُقَهَاء (من غير الْمَالِكِيّة) تعدُّدُ الرّضَعَات وتفرُّقُها. وبالرّضاع على هذا النّحو تُصبْحُ المرْضِعةُ بمثابة أُمِّه، وزَوْجُها صاحبُ اللّبَن بمثابةِ أَبيه، وتُصبْحُ أُصُولُ المرضِعة وفُرُوعُها وحواشِيها بمثابةِ أُصُولِه وإخْوَتِه وأَخْوالِه، ولكنْ دون أنْ يتعدَّى ذلكَ إلى إخْوتِه هو وأَخَوَاتِه الحقيقيّين.

الْمَادّة 25 :
المحَرَّمَاتُ بالقَرَابَة هي (هُنّ) :
الأُمّهَاتُ، والْبَنَاتُ، والأَخَوَاتُ، والْعَمَّاتُ، والْخَالاَتُ، وبَنَاتُ الأَخِ، وبَنَاتُ الأُخْت.

← حَرَّمَ اللّهُ تعالى مِنْ النِّسَاءِ سَبْعًا (7) بِالْقَرَابَةِ، وَسَبْعًا (7) بِالرَّضَاعِ وَالصِّهْرِ.

فالمحرّمَاتُ من الْقَرَابَةِ وَرَدْن في قوْله عزَّ وَجلّ (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ).

← وجَاءَ في الْمَادّة 36 من مُدَوَّنَة الأُسْرَة المغْربيّة في شأْن المحرّمات بالقرابة : "المحرّمات بالْقرابة أُصُول الرّجُل وفُصُوله وفُصُولُ أوّل أصولِه وأولُ فصلٍ من كلِّ أصلٍ وإنْ علا".

الْمَادّة 26 :
المحَرَّمَاتُ بالمصَاهَرَة هي (هُنّ) :
1. أُصُولُ الزّوْجَة بمُجَرّدِ العَقد عليها،
2. فُرُوعُهَا إنْ حَصَلَ الدُّخُولُ بها،

3. أَرَامِلُ أَوْ مُطَلّقَاتُ أُصُولِ الزَّوْجِ وإنْ عَلَوْا ،
4. أرامِلُ أَوْ مُطلّقَاتُ فُرُوعِ الزَّوْجِ وإنْ نَزَلُوا.

➔ والمحرّمَاتُ مِنَ الرَّضَاعِ وَالصِّهْرِ وَرَدْنَ فِي قوْلِه تعالى (وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ، وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ، وَحَلائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلابِكُمْ) (سورة النساء 23).

➔ وجَاءَ فِي الْمَادّة 37 من مُدَوَّنَة الأُسْرَة المغْربيّة في شأن المحرّمات بالمصاهرة : " المحرّماتُ بالمصَاهرة، أُصُولُ الزّوْجاتِ بمُجَرّد العَقْد، وفُصولهُنّ بشرْط البناءِ بالأُمّ، وزوْجاتُ الآبَاء وإنْ عَلَوْا، وزَوْجَاتُ الأوْلاد وإنْ سَفَلُوا بمُجَرّد العَقْد."

الْمَادّة 27 :

يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحرُمُ مِنَ النَّسَب.

➔ لقولِه تعَالى (وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ) (سورة النساء 23)، ولِقَوْلِهِ صلى الله عليه وسلم {يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ}.

الْمَادّة 28 :

يُعَدُّ الطّفْلُ الرّضيعُ وَحْدَهُ دُونَ إخْوَتِهِ وأَخَوَاتِهِ وَلَدًا للمُرْضِعَة وزَوْجِهَا وأَخًا لجَميعِ أَوْلادِهَا، ويَسْرِي التّحْريمُ عَلَيْه وعلَى فُرُوعِه.

❖ وأحكامُ المحَرَّمَاتُ بالرّضاع قدْ أجْملها المُشَرّع المَغْربي في الْمَادّة 38 من مُدَوَّنَة الأُسْرَة المغْربيّة : " يَحْرُمُ من الرّضَاع ما يَحْرُمُ من النّسَب والمصَاهَرة. يُعَدّ الطّفْلُ الرّضيعُ خاصّة، دون إخْوَته وأخَواته، ولدًا للمرْضعة وزوْجها.

لا يمنعُ الرّضاعُ من الزّواجِ، إلاّ إذا حصلَ داخلَ الحوْليْن الأوّليْن قبلَ الفطام".

> المادة 29 :
>
> لا يُحرّمُ الرّضاعُ إلاّ ما حصلَ قبلَ الفطامِ أوْ في الحوْليْن، سواءٌ كانَ اللّبنُ قليلاً أوْ كثيرًا.

❖ وبذلك حسَمَ النصُّ أيَّ اختلافٍ بشأن عددِ الرّضعات.

> المادة 30 : (عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرّخ في 27 فبراير 2005)
>
> يحْرُمُ منَ النّساءِ **مؤقّتًا** :
>
> - المحْصنَةُ،
> - المعتدّةُ من طَلاقٍ أوْ وفاةٍ،
> - المطلّقةُ ثلاثًا، كمَا يَحْرُمُ مؤقّتاً :
> - الْجمْعُ بينَ الأُخْتيْن أوْ بيْنَ المرْأةِ وعمّتِها أوْ خالَتِها، سواءٌ كانت شقيقةً أوْ لأبٍ أوْ لأمٍ أوْ من رَضَاعٍ،
> - زَواجُ المسْلمة مَعَ غَيْرِ المسْلم.

← وَقَدْ كانَتْ مُحَرّرَةً في ظلِّ القَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤرّخ في 9 يُونْيو 1984 كمَا يلِي : {يَحْرُمُ من النّساء مُؤقّتًا : المحْصنة والمعْتدّة من طلاقٍ أوْ وفاةٍ والمطلّقة ثلاثا، والتي تزيد على العدد المرخص به شَرْعًا.

ويحرُمُ الجمعُ بين الأختين، وبين المرأةِ وعمتها أوْ خالتها سواء كانت شقيقة أوْ لأب أوْ لأم من الرضاع}.

← الرِّدّةُ عن الإسْلام تُؤدّي إلى التّفْريق الْفوْري بيْن الطّرَفَيْن = قرار المحكمة العُليا الصّادر عنْ غرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2012/04/12 فصلاً في الطّعن رقم 699785 (منشور بالمَجلّة القضائية،

العدد 2/2012، الصفحة 274) وقد جاء فيه : {المبدأ : يحق للزوجة المسلمة طلب التطليق في حالة ارتداد الزوج عن دين الإسلام، يحكم القاضي فورًا بالفرقة بين الطرفين مراعاة للنظام العام}. وفي قضية الحال اعترف الطاعن بالردة واعتناقه للدين المسيحي واعتبر أن ذلك من الحريات المضمونة دستوريا، وقد كان رد المحكمة العليا كالتالي :

" لكن حيث أنه بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة وبخاصة الفصل المتعلق بموانع الزواج يتبين أن زواج المسلمة مع غير المسلم مُحرم مؤقتا وفقا لنص المادة 30، ويبقى هذا المانع أو التحريم قائمًا ما بقي السبب، وبالتالي فإن ارتداد الزوج عن الإسلام تقع به الفرقة في الحال، لأن الردة كما تمنع الزواج ابتداءً فإنها تمنعه بقاءً، ويكون من حق الزوجة الالتجاء أمام المحكمة للمطالبة بالفرقة وهي غير ملزمة بالبقاء مع الزوج المرتد الذي استعمل حريته في تغيير معتقده، بل أن بقاءها معه مخالفٌ للنظام العام طالما أنها أصبحت محرمة عليه وفق المعتقد الذي تدين به وتزوجته على أساسه ووفق أحكامه، وكذا وفق نص المادة 30 من قانون الأسرة، فضلا عن أن في بقائها معه ما يُلحق بها أفدح الضرر من الجانب المعنوي، وأن المحكمة بقضائها بالتطليق قد طبقت صحيح القانون وأوردت أسبابًا كافيةً وسائغة تبرر ما انتهت إليه من قضاء، وأن مسألة المساواة بين المواطنين وحرية المعتقد والفكر وفقا لنص المادتين 29 و36 من الدستور القائم عليها الوجه لا علاقة لهما بقضية الحال، مما يجعل الوجهين غير مؤسسين وينعدم معهما أية مخالفة للقانون أو قصور في التسبيب".

❖ يَحْرُمُ النكاحُ في العِدّة لقوله تعالى : (وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ) (سورة البقرة 235).

❖ يَحرُم الجمعُ بينَ الأختين لقوله تعالى : (وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ) (سورة النساء 23)، وقد وسّع الحديثُ معنى الآية إلى تحريم الزواج

بامرأتين لوْ كانتْ إحْداهما ذكرًا لكانتْ محرّمةً على الأُخْرى، ونصُّ الحَديثِ : {لا تُنْكَحُ المَرْأةُ على عمَّتِها ولا علَى خَالَتِها}.

❖ كما يَحْرُمُ على المسْلم أنْ يتزوّجَ كافرةً ممّنْ لَيْسَ لهمْ كِتَابٌ، ولا يحلّ للمسْلمة أنْ تتزوّجَ غيْر المسْلم، لقوله تعالى : (وَلا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ، وَلأمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ، وَلا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا) (سورة البقرة 221).

الْمَادّة 31 : (عُدِّلَتْ بالأمْر رَقْم 02-05 المؤرّخ في 27 فبْرَايَر 2005) يَخْضَعُ زَوَاجُ الْجزَائريّينَ والْجزَائريَّاتِ بالأَجَانِبِ مِنَ الْجِنْسَيْن إلى أحْكَام تنْظيميّة.

➜ وَقَدْ كَانَتْ مُحَرَّرَةً في ظلِّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤَرَّخ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي : {لا يَجُوزُ زواج المسلمةِ بغير المسلم.

يَخْضعُ زواجُ الجزائريّين والجزائريّات بالأجَانب من الجنسيْن إلى إجْراءات تنْظيمية}.

➜ تعديلُ النص قد حذَفَ الفقرة الأولى التي كانت تنصّ على عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم ونقلها إلى الْمَادّة 30 قبله.

➜ الإجْراءَاتُ التنْظيمية تَجَسّدتْ في التعليمة الوزارية رقم 02 الصّادرة عن وزير الدّاخلية بتاريخ 11 فبراير 1980 التي اشتَرطَتْ وُجُوبَ الحصول على رُخْصةٍ إداريةٍ يُسلّمُها والي الولاية لإبْرام عقْد زواج طرفينِ أحدُهُما أوْ كلاهُما أجنبي أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري، وبطبيعة الحال فإنّ عدم الحصول على الرّخصة المذْكورة في التعليمة الوزارية (التي لا ترقى إلى درجة النّصّ القانوني) يمنعُ تسجيل العقد ابتداءً أمام مصالح الحالة المدنية ولكن الزواجَ إذا توافرتْ أرْكانُه الشّرْعية والقانونية فهو زواجٌ صحيحٌ ويمْكنُ إثبَاتُه بموجب حُكْمٍ قضَائي.

الْفَصْلُ الثَّالِثُ - النِّكَاحُ الفَاسِدُ والْبَاطِل

Mariage vicié et mariage nul

الْمَادَّة 32 : (عُدِّلَتْ بالأمْرِ رَقْم 05-02 المؤرّخ في 27 فبْراير 2005)

يَبْطُلُ الـزّوَاجُ، إذا اشْـتَمَلَ عـلـى مَـانِعٍ أوْ شَـرْطٍ يتنـافـى ومُقْتَضَيَاتِ العَقْد.

← وَقَدْ كَانَتْ الْمَادّة 32 مُحَرّرَةً في ظِلِّ الْقَانُونِ رقْم 84-11 الْمُؤرّخ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{يُفسَخُ النّكاحُ، إذا اختلّ أحدُ أرْكانه، أوْ اشْتمل على مانعٍ أوْ شرْطٍ يتنافى ومقتضيات العقْد أوْ ثبتتْ ردّة الزّوْج}.

← الْفَرْقُ بَيْنَ الإبْطَال والْفَسْخ ؟ يتفق الفسخُ والإبطالُ في كونهما يُنهيان العقدَ ولكنهما يختلفان منْ حيْث أنّ الفسْخَ ينْصبُّ على عقْدٍ صحيحٍ يطْرأُ عليه بعد اكتماله ما يدعُو إلى إنهائه، كرفض أحد الطرفين القيام بما عليه فيلجأُ الطّرفُ الثاني إلى طلب الفسخ، في حين أنّ الإبْطَالَ والبُطْلانَ ينصبّان على عقْدٍ مَعيبٍ في أركانِه أوْ في شروطِه، وهو ما عالَجَه القانونُ المَدَني في المواد 99 وما بعدها منه، فإنْ كان العيْبُ في الأركان (الرّضا أو السّبب أو المحلّ) كان البطلانُ مُطلقًا ولا يُنتِجُ العقدُ أيّ أثرٍ فهو عدمٌ ولا يمكن تصحيحه، ويُمكنُ أنْ يُثارَ البطلانُ من طرفِ أيّ شخص، وأمّا إنْ كان الْعيْبُ في الشّروط فإنّ العقْدَ يكون قابلا للإبطال أو للتّصحيح بطلبٍ من صاحبِ المصلحة وهو الطرفُ المعني بالحماية، أيْ أنّ البطْلان في هذه الحالة يكون نسبيًّا. وبالتالي فإن التعبيرَ المستعمَلَ في نص الْمَادّة 32 من قانون الأُسْرَة قبل تعديل 2005 (وهو عبارة : "يفسخ") كان غير مُوَفّق.

← بطلانُ عقْد الزّواج إذا كانت الزّوْجة حاملا قبْل الدّخول = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 2006/10/11 فصلاً في الطّعن رَقم 371562 (مَنشُور بالمجلّة القضائية، العَدَد 2/2007، الصّفحَة 457) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : البناءُ بالزّوْجة وهي حاملٌ من غيْر زواج شرْعي يُبْطِلُ عقْدَ الزّواج، ويُحمّلُ الزّوجةَ مسؤولية الطّلاق}.

← إبْرامُ عقْد الزّواج مع امْرأةٍ مصابةٍ بمرضٍ أدّى إلى وفاتِها لا يَعيبُ العقْدَ ولا يُبْطِلُه = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 1993/02/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 88856 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/1996، الصّفْحَة 69) وَقَد جاءَ فيه : {المَبْدأ : مِن المستقرّ عليه قانونا وقضاءً أن عقدَ الزواج يُعتبر صحيحًا متى تمّ برضا الزوجين وحُضور وليّ الزّوجة وشاهدين وصداق، وأُبرِم أمام موثقٍ أو موظّفٍ مؤهّلٍ قانوناً. ومتى لم يتطرق القانونُ لصحة الزوجين، فلا يُعتبر مَرضُ أحدهما عيبًا في إبرام عقد الزّواج. ومن ثمّ فإن احتجَاجَ الطاعنة بعد وفاة مورثتها سنة 1988 على عقد الزّواج الذي تمّ مع المطعون ضده سنة 1977 يُعتبرُ غيرَ مؤسسٍ وينجرُّ عنه رفضُ الطّعن}.

← زوَاجُ المحلّلِ باطلٌ = مَن يتزوّجُ امرأةً طلّقَهَا زوجُها ثلاثًا لكي يُحلّلها له فلا يُحلّها ذَلِكَ لِفسَادِهِ، وَيُسَمَّى هَذَا النِّكَاحُ بِنِكَاحِ الدُّلْسَةِ بضَمِّ الدَّالِ. وَالزَّوْجُ فِيهِ يُسَمَّى بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ. وَقَالَ فِيهِ صلى الله عليه وسلم : {لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ}.

← زواجُ المتْعَة باطل = كان زواجُ المتعة في بداية الإسلام مُبَاحًا ثُمَّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنْهُ يَوْمَ خَيْبَرَ حسبَ الحديث الذي رواه علِيّ بْنِ أَبِي طَالِب رضي الله عنه، وجاء في

كتاب المُدوّنة لمالك بن أنس بن مالك : "إذا تزوّجها إلى أجلٍ من الآجالِ فهذا النّكاحُ باطِلٌ".

← زواجُ الشّغار باطل = روى مَالِك عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللّهِ صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ الشّغَارِ، وَالشّغَارُ أَنْ يُزَوِّجَ الرَّجُلَانِ كُلٌّ منهما ابْنَتَهُ للآخَر لَيْسَ بَيْنَهُمَا صَدَاقٌ.

الْمَادّة 33 : (عُدِّلَتْ بالأمْر رقْم 02-05 المؤرَّخ في 27 فبْرايِر 2005) يُبْطَلُ الزَّوَاجُ إذا اخْتلَّ رُكْنُ الرِّضَا. إذا تَمّ الـزّوَاجُ بـدُونِ شَاهِدَيْن أَوْ صَدَاق أَوْ وَلـيٍّ في حَالـة وُجُوبِه، يُفْسَخُ قبْلَ الدُّخُولِ ولا صَدَاقَ فيـه، ويُثْبَتُ بعْد الدُّخُولِ بصَدَاقِ المِثْل.

← وَقَدْ كَانَتْ الْمَادّة 33 مُحَرّرَةً في ظلِّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤرّخِ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{إذا تمّ الزّواجُ بدون وَلِيّ أَوْ شاهدَيْن أَوْ صداق، يُفسخُ قبل الدّخول ولا صداق فيه، ويُثْبَت بعد الدّخول بصداق المثل إذا اختلّ ركْن واحد، ويُبطَلُ إذا اختل أكثرُ من ركنٍ واحد} ، فالتعديلُ حذَفَ الجملةَ الأخيرة الناصّة على بطلان العقد إذا اختل أكثر من ركن واحد.

← انعدامُ الـوَليّ والصّدَاق يُبطلُ الزوَاج (قبل تعديل النص) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1989/01/02 (القرار صادر قبل تعديل قَانُون الأُسْرَة عام 2005) فَصلاً في الطّعن رَقم 51107 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 3/1992، الصّفْحَة 47) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا وقانونًا أن للنكاح أركانٌ أربعة وهي : وليّ -صداق - صيغة (رضا الزوْجيْن)، وشاهديْن، بالإضافة إلى خلوّ الزّوْجَيْن من الموانع

الشّرعية، ومن المقرّر أيْضًا أنه إذا اختلّ رُكنان من أركان الزّواج غير الرّضا يبطل الزّواج. وَمنْ ثمَّ فإنّ النّعيَ على القَرار المطعُون فيه بانتهاك الشّريعَة الإسْلاميّة والخطأ في تَطبيق القَانُون غيروجيه ويستوجب رفضه. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ الشاهدَ الأولَ صرّحَ أنه لا يوجد وليّ ولا صداق، وأن الشاهدَ الثاني صرّحَ أنه استُدعي لحفلةِ عشاءٍ ولا يعرفُ شيئًا عن الزّوج والزّوجة، فإن قضاةَ الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الوليّ والصّداق فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبّقوا قواعد الشّريعَة الإسْلاميّة ثُمَّ القانون تطبيقًا سليمًا}.

➜ قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/01/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 253366 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2002، الصّفْحَة 440) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يثْبت الزّواجُ بعْد الدّخول بصداق المثل إذا اخْتلَّ ركْنٌ وَاحدٌ طبقًا لأحْكام الْمَادّة 33 من قَانُون الأُسْرَة. وبما أنّ قضاة المَوْضُوع قد رفضوا دعوى إثبات الزّواج العرفيّ للمرأة الثيّب لعدم حضور الوليّ فإنّهم خالفوا القانون}.

➜ فقْدَانُ البَكرَة قبْلَ الْبنَاءِ لَيْسَ من أسبَابِ فسَادِ عَقْدِ الزّوَاج شَرْعًا = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1984/06/25 فَصلاً في الطّعن رَقم 33715 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 4/1989، الصّفْحَة 99) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا أنه لا يُؤخذ بعين الاعتبار طلبُ إسقاطِ حقوقِ المطلقةِ بسببِ فَقْدِ بكارتها قبل البناءِ بها إلا إذا كانَ الزوجُ قد اشترَطَ ذلك في عقد الزواج، ومن المقرّر أيضًا أنه لا يُحكمُ بفسخ عقد الزواج إلا إذا كان هذا النكاحُ فاسدًا شَرْعًا، ومنْ ثمَّ فإنّ النعي على القرار

المطعون فيه بما يثيره الطّاعن تأسيسًا على مخالفة أحكام الشّريعة الإسلاميّة في غير محلّه ويستوجب الرفض.

ولمّا كان الطاعن لم يذكر الوسيلة التي توصّل بها إلى اكتشاف أن زوجته كانت قبلَ ليلة الزّفاف فاقدةً البكارة رغم عدم مباشرتها جنسيا كما يزعم، فإن قضاة الاستئناف بقضائهم في الدعوى بالطلاق وتقرير حقوق المطلقة التزموا بتطبيق الأحكام الشرعية}.

> الْمادّة 34 :
>
> كُلُّ زَوَاجٍ بإحْدَى المحرَّمَاتِ يُفْسَخُ قبْلَ الدُّخُولِ وبعْدَه، ويترتَّبُ عليه ثُبُوتُ النَّسَبِ، ووُجُوبُ الاستبْرَاء.

← قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتاريخ 2000/01/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 232324 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2001، الصَّفْحَة 261) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمبْدَأ : من الثابت شرْعًا أنّه يُفْسَخُ الزواجُ بسبب الرَّضاع. وإنّ القرارَ المطعونَ فيه لمّا قضى بتأييد الحكم المستأنف القاضي بفسخ الزّواج المبرم بين الطّرفين بسبب الرّضَاع طبّق صحيح القانون} (الدّعوى رفعتْها أمّ الزّوْج، وهي التي قامت بإرضاع الزوجة، كما أنّ أمّ الزّوْجة بدورْها كانت قد أرْضعت الزّوْج حسب حيثيات القرار).

← الاستبْراء كمَا جاءَ في "معجم اللغة العربية المعاصر" هو : {تَحرٍّ وانتظار للتأكّد من خُلُوّ رَحم المرأة من الحَمل حِرصًا على عدم اختلاط الأنسَاب، أو تَعَرُّفُ براءة الرّحم وطهارتُه من ماءِ الغير}.

> الْمادّة 35 :
>
> إذا اقترَنَ عقْدُ الزَّوَاجِ بشَرْطٍ يُنَافِيهِ كَانَ ذلكَ الشَّرطُ بَاطلاً والعقْدُ صَحِيحًا.

➔ الاشتراطُ عند عقْد الزّواج نصت عليه الْمَادّة 19 أعلاه.

➔ الشّرطُ المخَالفُ لمقتضَيات عَقدِ الزوَاج يكُونُ بَاطلاً والعَقدُ صحيح = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1988/06/20 فَصلاً في الطّعن رَقم 49575 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1991/2، الصّفْحَة 54) وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا أن الشرطَ الواردَ في عقد الزواج الذي لا يَقتضيه العقدُ ولا يُنافيه، والذي يدخُلُ في باب الكراهة لما فيه من التحجير، لا يُلزَم الزّوجُ به ولا يُؤثّر في عقد الزواج، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا الْمَبْدَأَ يُعَدّ مخالفاً لأَحكَام الشّريعَة. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ قضاةَ المَوْضُوع أَلزموا الزّوجَ - بالعرف-بتعهُّدِه بالبقاءِ بزوجته بالعَاصمة، يكونوا بقضائهم كذلك قد خالفُوا أحكامَ الشريعة وفرضوا عليه قيْداً هو مخيّرٌ فيه}.

❖ عقدُ الزواج غيرُ الصحيح لا يترتّبُ عليه أثرٌ قبْل الدُّخول، وأما إنْ وَقَعَ الدّخول فيترتّبُ عليه : وُجُوبُ المهر، ووُجُوبُ العِدّة، وثبُوتُ النّسَب، وثبُوتُ حُرمَةِ المصَاهرَة.

الفَصْلُ الرّابع - حُقُوقُ وَوَاجبَاتُ الزّوْجَيْن

Des droits et obligations des deux conjoints

الْمَادّة 36 : (عُدِّلَتْ بالأَمْر رَقْم 02-05 المؤرّخِ في 27 فبْرَاير 2005)

يَجبُ عَلى الزّوْجَيْن :

1. المحَافَظَةُ على الرّوَابطِ الزّوْجيةِ ووَاجبَاتُ الحيَاة المشْتركَة،
2. المعَاشَرَةُ بالمعْرُوف، وتبَادُلُ الاحْتِرَام والموَدّة والرّحْمَة،
3. التّعَاوُنُ على مَصْلَحَة الأُسْرَةِ ورعَايَة الأوْلاد وحُسْن تربيّتهم،
4. التّشَاوُرُ في تسْيير شُؤُون الأُسْرَة وتبَاعُد الولادَات،
5. حُسْنُ مُعَاملَة كُلٍّ منْهُمَا لأبَوَيْ الآخَر وأقَاربه واحْتِرَامِهم وزيَارتهم،
6. المحَافَظَةُ عَلَى روَابطِ الْقَرَابَة، والتّعَامُلُ مَعَ الْوَالدَيْن (❖) الأقْرَبين بالحُسْنَى والمعْرُوف،
7. زيارَةُ كُلٍّ منهُمَا لأبَوَيْهِ وأَقَاربهِ واستِضَافتهم بالمعرُوف.

← وَقَدْ كَانَتْ الْمَادّة 36 مُحَرّرَةً في ظلّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤَرّخِ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{يجب على الزوجين :

1. المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
2. التعاون على مصلحة الأُسْرَة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.
3. المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسن والمعروف}.

(❖) في البَند 6 ينقصُ حَرف "الواو" بين كلمتي : (الْوَالديْن الأقْرَبين).

➜ من الواجبات المشتركة بيْن الزوجيْن المعاشَرةُ بالمعروف، لقوله تعالى : (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) (سورة النساء 19)، وقوله تعالى : (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) (سورة البقرة 226).

ولقول النَّبيّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : "خَيْرُكُمْ خَيْرُكُمْ لأَهْلِهِ، وَأَنَا خَيْرُكُمْ لأَهْلِي".

❖ نصُّ هذه الْمَادّة يتعلقُ بالواجبات المشتركَة بين الزوجين دون تلك الخاصّة بكلٍّ واحدٍ منهُمَا على انفراد، ولم يَذْكر النصُّ حقّ استمتاع كلّ من الزوجين بالآخر، غير أنه يمكن إدراجُ ذلك في البند الأول من الْمَادّة (المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة).

➜ للزّوْجَةِ الْحَقُّ في سَكَنٍ مُسْتَقِلّ (1) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1985/11/04 فَصلاً في الطّعن رَقم 38331 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/1989، الصّفْحَة 101) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدأ : متى كان من الأحْكام الشّرْعية أنّ للزّوْجة الحقّ في مطالبة زوْجها بإسْكانها منْفردة ومسْتقلّة عنْ أهْله، ولوْ لمْ تكنْ قدْ احتفظتْ بهذا الحقّ حين إبْرام عقْد الزّواج، أوْ سكنتْ مع أقارب زوْجها ثُمَّ اشتكتْ بسبب الضّرر الذي لحق بها منهم، فإنّ القضاء بما يخالف هذه الأحْكام يعدّ خرقا لما أقرّته من مبادئ. وعليه، يستوْجب النّقْضَ القرارُ الذي ألْزَمَ الزّوْجَةَ باسْتئناف الحياة الزوْجية مع زوْجها بمنْزل أهْله بسبب أزْمة السّكن السّائدة في العاصمة}.

➜ للزّوْجَة الْحَقُّ في سَكَنٍ مُسْتَقلّ (2) = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/05/19 فَصْلاً في الطَّعْن 189339 (مَجلّةِ المَحكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصيَّة، 2001، الصَّفْحَة 216) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من

المقرّر شرعًا أنّ للزّوْجة الحقّ في السّكن المسْتقلّ عنْ أهْل الزّوْج وذلك لقوْلِ خليل "ولها الامْتناعُ أنْ تسْكُنَ مع أقاربه". ومتى تبيّنَ في قضية الحال أنّ القضاة لمّا قضوْا بأنّ للطّاعنة الحقّ في المعاش المسْتقلّ عن أهْل الزّوْج دون السّكن المستقلّ فإنهُم خالفوا القانونَ لأن للزّوْجة الْحقُّ شرعًا في السّكن المسْتقلّ عن أهْل الزّوْج}.

◄ ومن باب القياس : جاء في الْمادّة 51 من مُدوّنة الأُسْرة المغربية : {الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين :

1 - المُساكَنَةُ الشّرْعيةُ بما تسْتوْجبُه منْ مُعاشرةٍ زوْجيّةٍ وعدْلٍ وتسْويَةٍ عنْد التّعدد، وإحْصانِ كلٍّ منْهُما وإخْلاصه للآخر، بلزوم العفّةِ وصيانةِ الْعرْضِ والنّسْل ؛

2 - المعاشرة بالمعْروف، وتبادل الاحْترام والمودّة والرّحْمة والْحفاظ على مصلْحة الأُسْرَة ؛

3 - تحمّل الزّوْجة مع الزّوْج مسْؤولية تسْيير ورعاية شؤون البيْت والأطْفال ؛

4 -التّشاور في اتّخاذ القرارات المتعلّقة بتسْيير شؤون الأُسْرَة والأطْفال وتنْظيم النّسْل ؛

5 - حسن معاملة كلّ منْهما لأبويْ الآخر ومحارمه واحْترامهم وزيارتهم واسْتزارتهم بالمعْروف ؛

6 - حقّ التّوارث بيْنهما}.

الْمادّة 37 : (عُدِّلَتْ بالأَمْر رَقْم 02-05 المؤرَّخِ في 27 فبْرَاير 2005)

لكُلِّ وَاحدٍ منَ الزّوْجَيْنِ ذِمّةٌ مَالِيةٌ مُستَقلّةٌ عَن ذمَّةِ الآخَر.

غيرَ أنهُ يَجُوزُ للزّوْجَين أنْ يَتَّفِقَا في عَقْدِ الزّوَاج أوْ في عقْدٍ رَسْمِيّ لاَحِقٍ حَوْلَ الأمْوَال المشْتَرَكَة بيْنَهُمَا، التي يَكْتَسِبَانها خلالَ الْحيَاة الزّوْجيّة، وتَحْديد النِّسَبِ التي تَؤُولُ إلى كُلِّ واحدٍ منْهُما.

← وَقَدْ كَانَتْ الْمَادّة 37 مُحَرَّرَةً فِي ظلّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤَرّخ فِي 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{يجب على الزوج نحو زوجته :

1. النفقة الشرعية حسب وُسْعِه إلا إذا ثبت نشوزها.
2. العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة}.

❖ تعديلُ النص تَحدّثَ عن الذّمة المالية وحَذَفَ الأحكامَ السابقة المتعلقة بفرض واجب النفقة على الزوج، وواجبَ العدل بين الزوجات، وهذا لا يعني إزالة الحكم بها لأنها من متطلبات الزواج وتُراجَع في ذلك أحكام المَادّة 8 المتعلّقة بتعدد الزوجات والمادة 74 المتعلقة بالنفقة على الزوجة.

الْمَادّة 38 : (مُلْغَاة بالأمر رَقْم 05-02 المؤرّخ في 27 فبْرَاير 2005)

← وَقَدْ كَانَتْ الْمَادّة 38 مُحَرّرَة في ظلّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤَرّخ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلي :

{للزّوْجة الحقّ في :

-زيارة أهْلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف.

-حرّيّة التّصرّف في مالها}.

الْمَادّة 39 : (مُلْغَاة بالأمر رَقْم 05-02 المؤرّخ في 27 فبْرَاير 2005)

← وَقَدْ كَانَتْ الْمَادّة 39 مُحَرّرَة في ظلّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤَرّخ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلي :

{يجبُ على الزوجة :

1. طاعةُ الزّوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة.

2. إرضاعُ الأوْلاد عند الاستطاعة وتربيتهم.

3. احْتِرامُ وَالِدَيْ الزَّوْجِ وأقاربه}.

← علَى الزَّوْجَةِ مُتَابَعَةُ زَوْجِهَا والالْتِحَاقُ بِهِ حَيْثُ يُقِيمُ = قرار المَحكمة العُليا الصّادر عَنْ غرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 1986/01/13 فصلاً في الطّعن رقم 39467 (منشور بالمجلّة القضائية، العَدَد 1993/4، الصفحة 57) وقد جاء فيه: {المَبْدأ: مِنَ المُقرَّر قانونًا أن دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكنُ الزوجية. ومن المستقرّ عليه قضاءً أن على الزّوجة متابعة زوجها والالتحاق به أين طابَ عيشه. ولمّا كانَ الثّابتُ، في قضيّة الحال، أنّ الزّوج أصبح يسكنُ ويعملُ بمدينة تبسّة، فإنّ المجلسَ القضائي لما قضى برجوع الزّوجة وإلحاقها بزوجها الموجود بمدينة تبسّة بصفة دائمة طبّقَ القانونَ تطبيقًا سليما}.

◄ على الزّوْجَة الالْتِحَاقُ بمَنْزِلِ الزَّوْجيّة = قرار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأسْرَة بتَاريخ 1984/04/02 فصلاً في الطّعن رقم 32653 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عَدَدهَا رَقم 1989/2 الصَّفحَة 59 وَقد جاءَ فيه ما خلاصته: {متَى كان من المقرّر شرعًا، وعلى ما جرى به قضاء المجْلس الأعلى، أنّ الشّريعَة الإسْلاميّة تفْرضُ على الزّوْجة الالْتحاقُ بمنْزل زوْجها فإنّ القضاءَ بما يُخالفُ أحْكامَ هذا المبْدأ يُعَدّ خرقًا لقاعدةٍ مقرّرةٍ شرعًا. إذا كان الثابت شرعًا أنّ المحلّ الزّوْجي هو منْزلُ الزّوْج وليْس منزلُ الزّوْجة فإنّ قضاة الاسْتئناف بقضائهم عكْس ذلك خرقوا قاعدةً مقررةً شرعًا وعملا}.

← خدمةُ البيت من طبخٍ وتنظيفٍ ليس من مستلزمات عقد الزواج وفقًا لما ذهب إليه جُمهورُ الفُقهاء ولكنّه من العُرف والتقاليد فقط.



الفَصْلُ الخَامِسُ - النَّسَب

De la filiation

الْمَادّة 40 : (عُدِّلَتْ بالأمر رَقم 02-05 المؤرَّخ في 27 فبْرَايِر 2005) يَثْبُتُ النَّسَبُ بالزّوَاجِ الصَّحيح أوْ بالإقْرَارِ أوْ بالْبَيِّنَةِ أوْ بنكَاح الشُّبْهَةِ أوْ بكلِّ زَوَاجٍ تمَّ فَسْخُهُ بعدَ الدُّخُولِ طبقًا للمَوادّ 32 (و) 33 (و) 34 من هذا القانون. يَجُوزُ للقَاضي اللّجُوءُ إلى الطُّرُق العلمية لإثبَاتِ النَّسَب.

➜ وَقَدْ كَانَتْ الْمَادّة 40 مُحَرّرَةً في ظلِّ الْقَانُونِ رَقم 84-11 الْمُؤرَّخ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{يثبتُ النّسبُ بالزّواج الصّحيح وبالإقْرار وبالبيّنة وبنكاح الشّبْهة وبكلّ نكاح تمّ فسْخُه بعد الدّخول طبْقا للموادّ 32 (و) 33 (و) 34 من هذا القانون}.

❖ يُقْصَد بالنَّسَب علاقةُ القرابة بين النّاس ولكن أغلبَ ما يُستعمَلُ فيه كمصطلحٍ فهو في نِسبَةِ الشّخْص إلى أبيه.

➜ الشّريعَةُ الإسْلاميّة والقانونُ والاجتهادُ القضائي يتوسّعُون إلى أقْصَى الْحدود في تسْهيل إثبات النّسب، وفي المقابل يتشدّدون في دَعَاوَى إنْكَار النّسَب، فيجب أنْ تتمَّ معالجة قضايا النّسب اعتمادًا على هذا التّصوّر.

➜ إثباتُ النّسَب إحيَاءٌ للْوَلَد، ونَفْيُ النّسَب قَتْلٌ له = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1997/10/28 فَصلاً في الطّعن رَقم 172333 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية،

الْعَدَد 1/1997، الصَّفْحَة 42) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا أنه يُمكن إثباتُ النّسَب بالزواجِ الصحيح والإقرارِ والبيّنةِ وشهادةِ الشّهود ونكاحِ الشّبهة والأنكحةِ الفاسدة والباطلةِ تطبيقًا لقاعدة إحْيَاء الولد لأن ثبوتَ النسب يُعَدّ إحياءً له، ونفيُه قتلا له. ولمّا كَانَ الثّابتُ أنّ قضاة المجلس لمّا قضوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزّواج والنّسب بحجّة أن الحُكمَ حاز قوّة الشّيء المقضي فيه (حكم 1975/03/19 القاضي بنفي بنوّة الولدين) فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تَطبيق القانون لأن حجيّةَ الشّيْءِ المقْضي فيه لا تطبّقُ في قضايا الحَالة كإثبات الزواج والنسب، وأنّه يُمكنُ إثباتُ الزّواج والنّسَب بطرقٍ عِدّة على غرار العقد الصّحيح طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، مما يستوجبُ نقضَ القرار المطعون فيه} (وجاء في حيثيات القرار أن الشّريعَة الإسْلاميّة لا تشترطُ في إثبات النسَب وجودَ زواجٍ صحيح).

➔ الوَلَدُ للْفِرَاش (1) (الحديثُ صحيحٌ متّفقٌ عليه) :

- قرَار المَحكَمَة الْعُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/10/20 فَصْلاً في الطّعْن 204821 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 82) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من المقرّر قانونًا أنّ النّسبَ يَثْبُتُ بالزواج الصّحيح ويُنسَبُ الولدُ لأبيه متى كانَ الزواجُ شرعيًّا وأمكن الاتصال. ومن المقرّر أيضًا أنّ نفْي النّسَب يجبُ أن يكونَ عن طريق رَفع دعوَى اللّعَان التي حُدّدت مُدّتُها في الشّريعة والاجتهاد بثمانية أيامٍ من يوم العلم بالحملِ أو برؤية الزّنا.

ومتى تبيّن، في قضية الحال، أن العارضَ لم يثبت غيَابَه الدّائمَ عن البيت الزّوجي وتمسّكَ بأن البنتَ وُلدت في مدّةٍ تقلّ عن ستّةِ أشهرٍ من عودته إلى التراب الوطني، كما أنّه لمْ ينْفِ النّسَبَ بالطّرُق

المشروعة قانونًا، فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بقاعدة الولد للفراش ما دامت العلاقة الزّوجية قائمة بين الزّوجين طبّقوا صحيحَ القانون}.

← الولدُ للفراش، ولا يجوزُ عندئذٍ تحديدُ النّسَب عنْ طريق تحليل الدّم = قرار المَحكمَة العُليا الصّادِر عنْ غُرفة شؤون الأُسْرَة بتاريخ 1999/06/15 فصْلاً في الطّعْن 222674 (مَجلّة المَحْكَمَة العُلْيا، عَدَد خاص باجْتهاد غُرفة الأَحْوالِ الشّخْصيَّة، 2001، الصَّفْحة 88) وَقَد جاءَ فيه مَا خُلاَصتُه: {من المقرّر قانونًا أنه يَثبُتُ الولدُ لأبيه متى كانَ الزّواج شرعيا. ومن المقرر أيضًا أنه يُنسَب الولدُ لأبيه إذا وُضع الحملُ خلال 10 أشهرٍ من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وأنّ عدّة الحاملِ وضعُ حملها وأقصى المدة 10 أشهرٍ من تاريخ الطلاق أو الوفاة. ومن ثمّ فإنّ النّعيَ على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون ليس في محلّه. ومتى تبيّنَ، من قضية الحال، أن وِلادَةَ التّوْأَمين موضوعَ النّزاع وقعَتْ في ظلّ قيام الحياة الزّوجية بين الطّرفين وأنّ الانفصال الواقعَ كان إثر خلافٍ بينهما ولمْ يكنْ لا في حالة الطّلاق ولا في حالة الوفاة حتّى يخْضعَ لأحْكام المادتين 43 (و) 60 من قانُون الأسْرَة، ومن ثمّ فإنّ العِصمَةَ بينهُما قائمةٌ والزواجُ شرعي وثبت نسبُ التّوْأمينْ لأبيهما لأن الطاعنَ لم ينفِهِ باللعان. ومن جهة ثانية فإنه من المقرر قانونًا أيضًا أن النسبَ يثبت بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشّبهة وبكلّ نكاح تمّ فسخه بعد الدّخول طبقا للمواد 32 وما بعدها من قانُون الأسْرَة، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف ذلك يعدّ مخالفة للقانون. ومتى تبيّنَ، من قضية الحال، أن قضاة المجلس لمّا قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بإجراء خبرة طبية قصد تحليل الدّم للوصول إلى تحديد النسب خلافًا لقواعد إثبات النّسب المسطّرَة شرعًا وقانونًا طبقًا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانُون الأسْرَة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سُلطتَهم وعرّضوا قرارَهم للنقض}.

وجاء في صلب القرار أن القرارَ المطعون فيه صادرٌ عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 1998/10/05 وقضى بتأييد الحُكم الصادر عن محكمة قديل بتاريخ 1998/01/18 القاضي بتعيين خبير لفحص وتحليل دم الأطراف والولَدَيْن (...) قصد تحديد نَسَبِ الولدين، وقد رُفع الطّعن من طرف الأب على أساس أنّه غادرَ مسكنَ الزوجية يوم 1994/02/14 والولادةُ كانت يوم 1995/10/27 أيْ بعد 19 شهرًا معتمدًا على نص المادة 43 من قانُون الأسْرَة، وقد أجابتهُ المحكمةُ العليا بأن الانفصالَ الذي تشير إليه المادة هو الطلاقُ وليس الانفصالُ الذي يحدثُ إثر خلافٍ فقط، وبأن الطلاقَ قد صدر به الحكم في 1996/01/27 مما يعني حسب قرار المحكمة العليا أن الولادةَ كانت في ظلّ قيام الزّوجية. ثم أثارت المحكمةُ العليا وجهًا تلقائيا مأخوذًا من تجاوز السّلطة على أساس أنّ إثباتَ النسب قد حدّدته المادةُ 40 وما بعدها من قانُون الأسْرَة وليس من بين طُرُق الإثبات المنصوص عليها تحليلُ الدّم الذي ذَهَبَ إليه قضاةُ الموضوع فتجاوزوا بذلك سُلُطَاتهم وهو ما أدّى إلى النقض والإحالة.

← إثبَاتُ الزّوَاج والنّسَب هي من قَضَايَا الحَالَة فلاَ تَسْرِي عليْهَا أَحْكَامُ حُجّيّة الشّيْءِ المقْضِي = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصية بتَاريخ 2001/04/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 262912 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2002، الصّفْحَة 409) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : إن قضايَا إثباتِ الزواج والنسَبِ تُعدّ من قضايَا الحالة لا تطبّقُ بشأنها المَادّة 338 من القانُون المَدَني، فكانَ يتعينُ على قضاة المَوْضُوع القيامُ بإجراء تحقيقٍ للوصولِ إلى الحَقيقة}.

← إلْحَاقُ النّسَبِ يجبُ إثبَاتُه بالطُّرُق المحَدّدَة قَانُوناً = قرَارُ المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1991/05/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 74712 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية،

الْعَدَد 2/1994، الصَّفْحَة 56) وَقَدْ جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا أن النسَبَ يَثْبُتُ بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشّبهة، ومِنْ ثمَّ فإنَّ القَضَاءَ بهذَا الْمَبْدَأ يُعَدّ تطبيقًا سليمًا للقانون. ولمّا كَانَ الثَّابِتُ، فِي قَضِيَّة الْحَال، أنّ الطاعنة لم تثبت أية حالةٍ من الحالات التي نصّ عليها قَانُونُ الأُسْرَة، فإنَّ قضاةَ الْمَوْضُوع برفضهم لطلبها الرّامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنت قد طبّقوا صحيحَ القانون}.

← نسَبٌ مُسَجلٌ فِي الخَارِج = قرارُ المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/12/13 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 375053 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2007، الصّفْحَة 521) وَقَد جَاءَ فيه : {حيْث أنّ القرارَ المطْعونَ فيه ليسَ مشوبًا بالقصور وتناقض الأسباب ولم يُخالف القانون، وذلك لأنّ طلب الطّاعن على مستوى مجْلس قضاء معسكر كان يتمثلُ فِي الحُكْم بإلْغاء نسب كلّ من (س) و(ف) منه لأنهما ليْسَا من صلْبه، وأقرّ بأنّه صرّح شخْصيا بإلْحاق نسبهما به أمام مصالح الحالة المدنية بفرنسا طواعية.

.../ وحيث أنّ عقْدَيْ ميلاد ونسب الولدَيْن (س) و(ف) مسجّليْن بالحالة المدنية لبلدٍ أجنبي وبالتالي فنحنُ فِي قضية الحال حِيَالَ طلب إلغاء عقدٍ سُجّلَ بتراب بلدٍ دولةٍ أجنبية، الأمرُ الذي يجعلُ الوجهيْن المثارين غير وجيهيْن، مما يتعين رفضهما وتبعًا لذلك رفضُ الطعن}.

❖ نكَاحُ الشُّبْهة :

أوْضَحُ صُوَر نكاحُ الشّبْهة هوَ أنْ يعتقدَ الرّجلُ خطأً أنَّ المرأةَ هي زوْجتُه فيَطؤُها.

❖ النكَاحُ الفَاسِد :

النكاح الفاسد هو الذي فَقَدَ شرْطًا من شروط الصّحّة كالنّكاح بغيْر وليّ أو بدون شهود.

➜ الاغتصابُ وَطْأٌ بالإكراه يَثْبُتُ به النّسَب = قرَار المَحكَمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/05/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 617374 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/2012، الصَفْحَة 294) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : الاغتصابُ، الثابت بحكمٍ قضائي، يُعَدُّ وطْأً بالإكراه، ويُكَيَّفُ بكونه نكاحُ شبهة، يَثْبُتُ به النّسَب}. وفي قَضِيّة الْحَال كان المطعونُ ضده هو الذي اغتصَبَ الطاعنة ولكيْ يتهرّبَ من المتابعة الجزائية تزوجها فولدت بعد شهر وأيام ببنتٍ قام هو بتسجيلها في مصالح الحالة المدنية، وبعد مدة رفع دعوى إنكار النسب مستدلاً بأن البنتَ وُلدت بعد شهرٍ من إبرام عقد الزواج، وقد سايَره قضاة المَوْضُوع وألغوْا نسَبَ البنْت غيْر أنّ المحكمة العليا نقضتْ قرارَهم على أساس وقوع الاغتصاب الذي هو بمثابة نكاح شبهة وأيضًا على أساس إقرار الأب بالنسب من خلال التصريح به لدى مصالح الحالة المدنية.

❖ الشّهَادَةُ على الإقْرَار :

لَمْ يُحَدّدْ قانُونُ الأسْرَة نِصَابَ الشهُود أو مَا يُشترَطُ فيهم (وهو المسلَكُ ذاتُه الذي سلَكَه القانُونُ المَدَني وقانُونُ الإجراءَات الجزَائيّة وقَانُونُ الإجْرَاءَات الْمَدَنيّة وَالإدَاريّة)، فيتعينُ حينئذٍ في باب شؤون الأُسْرَة الرّجوعُ إلى أحْكام الشّريعَة الإسْلامِيّة عملا بأحْكام الْمَادّة 222 من هذا القانون، وفقهاءُ المالكية يَرَوْن أنْ تكون الشهادةُ في هذه الحالة من رجُلين عدلين، ويرَى الحنفية أنْ تكون من رجلين أو من رجلٍ وامرأتين. كما تجوز الشهادة بالاستفاضة أو بالتّسامع وهي أنْ يشْهدَ الشاهدان (فمَا فوْق) العُدُولُ بأنهم سمعوا سماعًا فاشيًا أن فلانًا هو ابن فلانٍ أو أنّ فلانًا قد اعترفَ أمامهم أن زوجتَه حاملٌ منه.

➜ إثباتُ النّسَب بالْبَيّنَة (شهادةُ الشّهود على الإقرار) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ

1998/12/15 فـصلاً في الطّعـن رَقـم 202430 (مَنـشُور بالمَجلّـة القَضَائية، العَدَد 1/1999، الصّفْحَة 122، وبمَجَلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 77) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه :

{من المقرر شَرْعًا أنّه يثبُتُ النّسَبُ بالإقْرار لقوْل خليل في باب بيان أحْكام الإقْرار «ولَزِمَ الإقْرارُ لحَمْلٍ في بطن امرأة.. إلخ»، كما أنّ إثباتَ النسَب يقعُ التسَامُحُ فيه ما أمكنَ لأنّهُ منْ حُقوق الله، فيَثبُتُ حتّى مع الشّكّ وفي الأنكحة الفاسدة، طبقًا لقاعدة إحياءَ الولد.

ومتى تبيّن في قضية الحال أنّ المطْعون ضدّه أقرّ بحمْل الطّاعنة بشهادة جماعة أمام الموثّق بتاريخ 1997/04/06 فإنّ هذه الشّهادة لا تعتبر صُلحا بلْ هي توْثيق لشهادة جماعة عنْ إقْرار المطْعون ضدّه بحمْل الطّاعنة، كما أنّ المادّتين 341 (و) 461 من القانُون المَدَني لا تنْطبقان على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحْكمها قَانُون الأُسْرَة. كما أنّه لا يمْكن الجمْع بين الإقْرار بالحمْل وبالدّفع بالمادة 41 من قَانُون الأُسْرَة التي تحدّد مدّة الحمْل لأنّ الإقْرار في حالة ثبوته يُغْني عن أيّ دليل آخر، ولا يحقّ للْمقرّ أنْ يثير أيّ دفْع لإبْطال مفْعول هذا الإقرار.

كما أنّه لا يمْكِنُ الْجمْع بيْن الإقْرار بالحَمْل وطلب الطّلاق قبْل الدّخُول قصْدَ الوصول إلى استرداد نصْفَ الصّداق رغْم أنّ الصّداق المدفوع في قضيّة الحال يغلب عليه معنى التعويض أكثر منه مقابل الصّداق.

وعليه فإن القضاة لما لم ينتبهُوا لوجوب سمَاع جماعة الشهود الذين حضروا إقرارَ المطعون ضدّه أمام الموثّق فإنهُم خالفُوا الشّرْعَ والقانون، وعرّضوا قرارهم للقصور في التّسبيب}.

❖ الطُّرُقُ العِلْمِيَّة :

➜ الطّرقُ العلْمية التي يُمْكن الاستعانةُ بها في باب النّسَب هي : ①البحْث في فصائل الدّم (وهذه الطريقةُ تسمْحُ بتأْكيد نفْي النّسب فقطْ ولا تسْمح بالجزْم بإثباته) و② البصْمةُ الوراثية (التي تسْمح بالإثْبات والنّفْي بطريقةٍ لا تدعُ مجالا للشّك حسبْمَا يقولُ المخْتصُّون).

➜اللُّجوءُ إلى البَصْمة الوراثية مَجَالُه الأقوَى هو تَحْديدُ هويّة الفَاعل في الأبْحَاث الجنائية، أوْ تحْديدُ هويّة أشْخَاص مَاتُوا أوْ قُتلُوا في ظرُوفٍ غامضَةٍ (كالْحُروب والزّلازل والفِتَن، أوْ الْحريق وحوادث سقوط الطّائرات)، أو عند اختلاطِ المواليدِ في المستشفيات، وفي تحديد أمّ اللّقيط أوْ عند التنازع في إلْحَاق مجهول النّسب.

وأمّا اللّجوءُ إلى الطّرق العلْمية (إثباتاً أوْ نفيًا) في باب النّسَب فيجبُ أنْ يكونَ مقْترنًا بقيام علاقةٍ زوجيةٍ شرعيةٍ أو بتصحيح نسبِ مولودٍ يدّعيه شخْصان، أو بنكاحِ شبْهةٍ أو وطْءِ إكْراهٍ (اغتصاب)، وأمّا إنْ كان الإنْجابُ ناجم عنْ علاقة إرادية غيْر شرْعية فهو محلُّ اخْتلاف.

➜ قبلَ ظهور الطّرُق العلْمية في العصْر الحديث كان فقهاءُ الشّريعَة الإسْلاميّة (الْمَالِكِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ وَالْحَنَابِلَةُ) يعتمدُون عند الاشتباه في النّسب على القَافَةِ وهم أُناسٌ لهم درايةٌ بتمْييز الأنْسَاب، وهو ما يُعْرَفُ بالقيافة، وذلك من أجل إلْحَاق الولد بأصْلِهِ لوجود الشّبه بيْنهم، وجاءَ في الموْسُوعة الفقهية الكويتية :

{الْقِيَافَةُ مَصْدَرُ قَافَ بِمَعْنَى تَتَبَّعَ أَثَرَهُ لِيَعْرِفَهُ. يُقَالُ : فُلَانٌ يَقُوفُ الأَثَرَ وَيَقْتَافُهُ، وَفِي لِسَانِ الْعَرَبِ أَنَّ الْقَائِفَ هُوَ : الَّذِي يَتَتَبَّعُ الآثَارَ وَيَعْرِفُهَا، وَيَعْرِفُ شَبَهَ الرَّجُلِ بِأَخِيهِ وَأَبِيهِ. وَلا يَخْرُجُ الْمَعْنَى الاصْطِلاحِيُّ لِلْقِيَافَةِ وَمُشْتَقَّاتِهَا عَنْ الْمَعْنَى اللُّغَوِيِّ الْمُتَعَلِّقِ بِتَتَبُّعِ الأَثَرِ وَمَعْرِفَةِ الشَّبَهِ. فَفِي التَّعْرِيفَاتِ لِلْجُرْجَانِيِّ وَفِي دُسْتُورِ الْعُلَمَاءِ أَنَّ

القَائِفَ هُوَ الَّذِي يَعْرِفُ النَّسَبَ بِفِرَاسَتِهِ وَنَظَرِهِ إِلَى أَعْضَاءِ الْمَوْلُودِ. وَيُعَرِّفُهُ ابْنُ رُشْدٍ وَابْنُ حَجَرٍ وَالصَّنْعَانِيُّ بِمَا لا يَبْعُدُ عَنْ ذَلِكَ}.

← اسْتِلْحَاقُ النَّسَبِ بِنَاءً عَلَى خِبْرَةٍ عِلْمِيَةٍ (تحليل الحِمْض النَّوَوِي ADN) عَلَى إِثْرِ عَلاقَةٍ غَيْرِ شَرعِيةٍ يَقتَضِي إِلحَاقَ النَّسَب دون التَّطرّق لقِيامِ العلاقة الزَّوْجية من عَدَمِها = قرار المَحكَمَة العُليا الصَّادر عَنْ غرفة الأحوال الشَّخْصيّة بتاريخ 2006/03/05 فصلاً في الطَّعن رَقم 355180 (مَنشُور بالمَجلَّة القضائية، العَدد 1/2006، الصَّفْحة 469) وقَد جاءَ فيه : {الْمَبْدأ : يمْكِنُ طبقًا للمادّة 40 من قَانُون الأُسْرَة إثباتُ النَّسبِ عنْ طريق الخبْرة الطِّبّيّة (الحِمْض النّووي ADN) ولا ينْبغي الخلْطُ بين إثبات النّسب في الزّواج الشّرعي (الْمَادّة 41 من نفس القانون) وبين إلْحاق النّسب في حالة العلاقة غير الشّرعية} ، وجاء في حيثيات القرار :

«عن الوجهين الأول والثاني معًا لترابطهما :

حيث بالإطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنّى الحكمَ المستأنفَ يتبيّنُ منه أنّ قضاةَ المَوْضُوع لم يسْتجيبوا لطلب الطّاعنة الرّامي إلى إلْحاق نسب المَوْلود (ص-م) للمطعون ضدّه باعتباره أباً له كما أثبتته الخبرة العلمية ADN معتمدين في ذلك على الْمَادّة 40 من قَانُون الأُسْرَة رغم أنّ هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسبُ بعدة طرقٍ ومنها البيّنة، ولما كانت الخبرةُ العلمية ADN أثبتت أنّ هذا الطفلَ هو ابْن المطعون ضدّه ومن صلْبه بناءً على العلاقة التي كانت تربطه بالطّاعنة فكان عليهم إلْحَاقُ هذا الولد بأبيه وهو الطّاعن، ولا أنْ تختلطَ عليهم الأمورُ بين الزّواج الشّرعي الذي تناولته الْمَادّة 41 من قَانُون الأُسْرَة وبين إلْحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصّة وأن كلاهما يختلفُ عن الآخر ولكل واحد منهما آثارٌ

شرعيةً كذلك، ولما تبيّنَ في قضية الحال أنّ الولدَ هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنّه يُلْحق به، الأمْر الذي يتعيّن معه نقض القرار المطعون فيه».

ويترتبُ على التحليل الوارد في هذا القرار أنه كلمّا ثبتَ النسبُ بيولوجيًّا عن طريق الخبرة (أو باعتراف الأطراف مثلا) فإنّ النسبَ يُلْحَقُ بالأب البيولوجي مثلمَا حدث في قضية الحال التي صدر فيها حكمٌ جزائي قضى بالمصادقة على الخبرة العلمية حال فصله في الدعوى العمومية، وهذا التّحليلُ ليْسَ بالبساطة التى جاءتْ بها عباراتُه لأنّه يُرتّب نتائج بالغة الأهمّية في موْضُوع إلْحاق النّسب، والقرارُ لم يبيّن بما فيه الكفاية ما ذكره من وجود فَرْقٍ بين الزواج الشرعي وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، ولكنّه صريحٌ في الأخذ برأي بعض فقهاء الشّريعَة الإسْلاميّة (ومنهم الحسن البصري وابن سيرين وعُروة بن الزّبير وإبْراهيم النّخْعي وإسحاق بن راهَوَيه وسليمان بن يَسَار، وابن القيّم وشيخ الإسلام ابن تيمية) الذين يرون أنْ يُلْحَقَ ولدُ الزّنا بالزّاني إذا استلْحقه دون أنْ يكونَ هناكَ فراشٌ شرْعي قياسًا على إلْحَاق نَسَب ولد الزّنا بأمّه وتوارثهما باتّفاق كلّ المذاهب الإسْلامية دون اسْتثناء، وما دام النّسبُ قد لَحق بالأمّ الزّانية فالمنْطقُ والعدْلُ أنْ يلْحق بالأب الزّاني إمّا باعْترافه وإمّا بالدّليل العلْمي.

◄ وهذا الاجتهادُ أكدّته المحْكمةُ العليا في قرارٍ آخَرَ لها صادرٍ عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 2012/03/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 734072 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2013، الصّفْحَة 124) كان مَوْضُوع تعليق للأستاذة فاطمة الزهراء تبّوب تحتَ عنوان "نسب ابن المغتصبَة"، وَقَدْ جاءَ في حيثيات القرار :

" حيثُ من المقرر شرْعًا أنه يُمكنُ إثباتُ النّسب بالزّواج الصّحيح والإقرار والبيّنة وشهادة الشّهود، ونكاح الشّبْهة الأنْكحة الفاسدة تطبيقًا لقاعدة إحياء الولد، لأنّ ثبوتَ النّسب يُعَدّ إحياءً له ونفيُهُ قتْلاً له.

ولما كانَ في قضية الحال أنّ المطعونَ ضدّهُ هتكَ عرضَ الطّاعنة وهي قاصر، وتمّت إدانتُه بجُرْم هتْك العرْض، ونتجَ عن هذه الجريمة حملُ الطّاعنة وإنْجابُ بنْتٍ بتاريخ 2009/01/02، فإنّ النّسبَ يلْحقُ بالطّاعن متى ثبت ارْتكابُه لجرْم هتك العرْض على شخْص الطّاعنة، وأنّ هذا الفعلَ يُعَدّ من قبيل البيّنة طبْقًا للمادّة 40 من قانون الأُسْرَة، خلافًا لما ذهبَ إليه قضاةُ المَوْضُوع بحيْث أنّ الأصْلَ هو اللّجُوء إلى الطّرُق العلْمية في مثل قضية الحال، وليْس في الزّواج الصحيح الذي لا يكونُ في حالة نفْي النّسب إلاّ عنْ طريق اللّعان، وقضيةُ الحال تتعلّقُ بإثبات النّسب يجوز إثباتها بالطّرق العلْمية، ممّا يتعيّنُ قبولُ الوجْه المثار لوجاهته".

◄ قرار المجمّع الفِقْهي الإسْلامي (التّابع لرابطة العالم الإسْلامي) في دوْرته السّادسة عشْرة المنْعقدة بمكّة المكرّمة، في الفتْرة من 21-1422/10/26 هـ الموافق لـ 5-2002/1/10 م:

قرّر ما يلي:

أولاً: لا مانع شرْعًا من الاعتماد على البصْمة الوراثية في التّحقيق الجنائي، واعْتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليْس فيها حدّ شرْعي ولا قصاص؛ لخبر: "ادْرَؤوا الحُدُودَ بالشُّبُهاتِ". وذلك يحقّق العدالة والأمْن للمجتمع، ويؤدّي إلى نيْلِ المجْرم عقابه وتبْرئة المتّهم، وهذا مقصد مُهمّ من مقاصد الشّريعة.

ثانيًا : إنّ استعمالَ البصْمة الوراثية في مجال النّسب لا بُدّ أن يُحاط بمنْتهى الْحذر والْحيطة والسّرّيّة، ولذلك لابدّ أنْ تُقدَّم النّصوصُ والقواعد الشرعية على البصْمة الوراثية.

ثالثًا : لا يجوز شَرْعًا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفْي النّسب، ولا يجوز تقديمها على اللّعان.

رابعًا : لا يجوز استخْدام الْبصمة الوراثية بقصد التّأكّد من صحة الأنْساب الثابتة شَرْعًا، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزّاجرة ؛ لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصونًا لأنسابهم.

خامسًا : يجوز الاعْتماد على البصْمة الوراثية في مجال إثبات النّسب في الحالات التالية :

أ- حالات التّنازع على مجْهول النّسب بمختلف صور التنازع التي ذكرَها الفقهاء، سواء أكان التنازُعُ على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أمْ كان بسبب الاشْتراك في وطْء الشّبْهة ونحوه.

ب-حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

ج- حالات ضياع الأطْفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جُثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين.

سادسًا : لا يجوز بيع الجينوم البشري لجنس، أو لشعب، أو لفرد، لأيّ غرض، كما لا تجوز هبتها لأي جهة، لما يترتب على بيْعها أو هبتها من مفاسد.

← جاء في دراسة للأستاذ الدكتور محمد جبر الألفي بعنوان : إثباتُ النّسَب ونَفْيُهُ بالبصْمَة الوراثية ، منشورةٍ على موقع http ://www.almoslim.net {يقول ابْن رشْد : (واتّفق الجمْهور على أنّ أوْلاد الزّنى لا يلْحقون بآبائهم إلا في الجاهلية .. وشذّ قوْم فقالوا : يلْحق ولد الزّنى في الإسْلام، أعْني : الذي كان عنْ زنى في الإسْلام) منْ هؤلاء : إسْحاق بن راهويْه، والحسن البصْري، وعرْوة بن الزّبير، وسليْمان بن يسار، وابْن تيْميّة، ويرى ابْن القيّم أنّ القياس الصّحيح يقتضيه ؛ لأنَّ الأبَ أحدُ الزانييْن، والولدُ يلْحَقُ بأمّه ويُنْسب إليها ويَرثُها وترثه .. وقد وُجدَ الولَدُ من ماءِ الزّانييَن واشْتَركا فيه واتّفقا على أنه ابنُهما، فما المانعُ من لحُوقه بالأب إذا لم يدّعِهِ غيرُه ؟ فهذا محْضُ القياس}.

وفي دراسةٍ للباحث سفيان بن عمر بورقعة بعنوان "النّسَبُ ومدَى تَأْثير المسْتجَدّات العلْمية في إثبَاته" منشورةٍ على موقع http ://www.dorar.net جاء في خلاصتها : {تعَرّضَ الباحثُ لمسألة نَسَبَ ابن الزّنَا من الزّاني، وحرّر فيها موْطن الاتّفاق والخلاف بين الفقهاء، وتوسَّع في مناقشة جوانب المسألة ؛ نظراً لأهمّيتها من النّاحية الاجتماعية، ولما قد ينْبني عليْها من المسائل النّازلة التي تتّصل بقيام علاقة النّسب، وقدْ توصّل إلى صحّة تنْسيب ابْن الزّنا منْ أبيه الزّاني ما لم ينازعه فيه صاحب فراشٍ صحيح، وأنّ القوْل بذلك ليْس فيه معارضة للنّصوص الشّرعية، فضلاً على انطوائه على مصالح داخلة في نطاق حفْظ النّفْس والنّسب، وحفْظاً له من الضّياع والانْحراف والنّقْمة على المجتمع، وقدْ حقّقَ الباحثُ مفْهومَ حديث (الولد للفراش)، وأنّه لا يدلّ على نفْي نسب ولد الزّنا عن الزّاني في فرْض عدم الفراش، أوْ في فرْض العلْم بعدم كوْن الولد من ماء الزّوْج وحصول اليقين بكوْنه من ماء الزاني، كما أنه ليْس في

الحديث تعرّضَ لنفي الولد عن المرأة الزّانية، فهي أمُّه، فيكونُ الزاني أباه ؛ لأنه أحدُ الزانيَيْن، وهو مقتضى القياس الصحيح}.

← رفضُ دعوَى اللّعان يمنَعُ اللّجُوءَ إلى دَعوَى الخبْرَةِ العِلْمية = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/10/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 605592 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2010، الصّفْحَة 245) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يَحُولُ رَفعُ دعوَى اللّعان دون التّذرّع بالطّرق العلْمية لإثبات النّسب}، وفي قضية الحال فإنّ قضاة المَوْضُوع قدْ أمروا بخبْرة علْمية بناء على طلب المطعون ضدّه غير أنّ المحكمة العليا نقضت قرارَهم على أساس أنه قد سبقَ للقضاء رفضُ دعوَى اللعان التي رفَعَها المطعونُ ضده سابقًا، والظاهرُ أن سَنَدَ هذا الموقفِ هو مبدأُ التشدّد في دعاوَى إنْكار النّسب عملاً بالمبْدأ الشّرْعي القائل بأنّ **"إثبات النّسب إحْياءٌ للولد، ونفْي النّسب قتلٌ له."**.

❖ **نَفْيُ النّسَب :**

← نَفْيُ النَّسَبِ يَكُونُ باللّعَانِ وَلَيْسَ بالطُّرُق العلْميّة = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2012/03/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 690718 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2013، الصّفْحَة 268) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : الفقرةُ الثانية من المَادّة 40 من قَانُون الأُسْرَة : "يَجوزُ للقاضي اللُّجُوءُ إلى الطُّرق العلمية **لإثبات النسب**" مقرّرةٌ لإثبَاته وليس لنفيه}. وفي قَضيّة الحَال طالبَ الأبُ باللجوء إلى الخبرة العلمية لإثبات أنّ أولادَه الثلاثة نتَاجُ زواجه بالمطعون ضدها ليسُوا من صُلبه وبأنّه عقيمٌ لا يلد، وقد رَفَضَ قضاة المَوْضُوع دعواه لعدم التأسيس لأنه لمْ يقمْ بالملاعنة في الوقت اللاّزم طبْقًا للقانون، وقد أيّدتْهم المحْكمة العلْيا في ذلك، وجاء في حيْثيّات قرارها :

" لكنْ حيثُ أنّه بالرّجوع إلى الحكْم المسْتأنف والْقرار المطْعُون فيه يتبيّن أنّ قضاة المَوْضُوع اثبتوا أنّ طرفي النّزاع مرْتبطيْن بعلاقةٍ شرعيةٍ وفقَ عقدِ الزواج المؤرخ في 2001/08/06 وأثمرت هذه العلاقة عن الأبناء الثلاثة حال قيام العلاقة الزوجية، وأن الطاعن أقرّ بنسبهم إليه وِفق الثابت من الحُكمين المؤرخين في 2007/11/24 و2008/10/11 ولمْ يصدرْ منه نفيٌ بالطّرق المشْروعة، وبالتّالي فإنّ نسب الأبْناء الثلاثة ثابتٌ منْ والدهم الطّاعن بالزّواج الصّحيح بمفهوم الْمادّة 40 من قانون الأُسْرَة، وهو يُعَدُّ الإثبات غير القابل للنّفي لا بالبصْمة الوراثية ولا باللّعان ولا بأيّ طريق، وأنّ قضاةَ المَوْضُوع باستبْعادهم طلب إجْراء التّحاليل المؤسّس على الْمادّة 2/40 من القانون المذكور، ورفْضهم الدّعوى، قد طبّقوا صحيح القانون لأنّ هذا النّصّ مقرّرٌ للإثبَات وليْس للنّفْي، والحالُ وأنّ النّسبَ ثابتٌ بالزّواج الصّحيح ممّا يجْعلُ الوجْهَ غيْر سديد مستوْجب الرّفْض".

➜ إنكارُ النّسَب أثنَاءَ العَلاقَة الزّوْجية يكُونُ بالطُّرُق الشّرْعية وليْسَ بالطُّرُق العلْمية = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2012/03/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 704222 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2013، الصّفْحَة 262) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : عدم قيام الزّوج بنَفي نَسَب ابْنتِه، الموْلودة أثناء العلاقة الزّوْجية، بالطّرُق المشْرُوعة، يحُولُ دونَ اللّجُوءِ إلى الطّرُق العلْمية لإثبَات النّسب}. وجاء في حيثيات القرار :

" حيث أنه قد ثبت من الحكم المستأنَف، ومن القرار المطعون فيه بالنّقض، أنّ البنْتَ المذكورةَ قد وُلدت أثناءَ قيام العلاقة الزوجية الشّرعية التي كانت ترْبطُه بالمطعون ضِدّها ولمْ يثبت قيامُه بنَفْي نسبها عنْهُ بالطّرُق المشْرُوعة، وبالتالي فإنّ ثبوتَ نسبها إليْه قد أصبحَ طبقًا لأحكام الْمَادّة 41 من قانون الأُسْرَة أمرًا

مفروغًا منـه، وأنّ مسألةَ اللّجُوء إلى الطـرُق العلميـة لإثبات ذلـك النسب، لم يعد يُجدِي نفعًا".

⬅ الطّريقُ الشّرْعي لنَفي النّسَب هوَ اللّعَانُ : وهو لغةً مأخوذٌ من اللّعن، واصطِلاحًا هو الشهَادَاتُ المؤكّدَةُ بالأيمَان بالكَيْفية المنصُوص عليها شرْعًا عندَمَا يَرمِي الزّوْجُ زوْجَتَه بالزنا، أوْ بأنّ الحملَ ليس منه، وليسَ لديه دليل، وتُنكِرُ الزوجَةُ ذلك، فيتلاعنان ويُفَرّقُ بينهما على التأبيد، وتنتفِي نسبةُ الولد الذي لاعنَا فيه عن الزوج، ولا عُقوبَةَ على أيّ من الطّرفين لا منْ أجْل القذْف ولا من أجْل الزّنا، وقد نصّ عليْه كتاب اللّه بقوْله سبْحانه : ﴿وَالّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللّهِ إِنّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةُ أَنْ لَعْنَةُ اللّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللّهِ إِنّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةُ أَنْ غَضِبَ اللّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (9)﴾ [النور : 6-9].

⬅ اللّعانُ هو الطّريقُ الشّرْعيّ لنَفْي النّسَب في القانون = قرار المحكَمَة العُليَا الصّادر عن غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة والمَواريث بتاريخ 2012/12/13 فصلاً في الطّعن رَقم 828820 (منشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/2014، الصّفْحَة 323) وَقَد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : النّسب الثابت بالْفراش، لا ينْتفي إلا باللّعان المقْصود في الْمَادّة 41 من قانون الأُسْرَة. لا يجوز تقْديم البصْمة الوراثية على اللّعان بطلب من الزوج}، وفي قضيّة الحال جاء في وقائع القرار أنّه يُسْتخلصُ من ملفّ القضية أنّه بتاريخ 2011/02/14 أقام المدّعي الطّاعن دعوى أمام محكمة المحمّدية طالبا إلْزام المدعَى عليها بالرّجوع إلى بيْت الزّوْجية وإجْراء تحاليل الحمْض النّوويّ ADN على الْجنين، فيما أجابت المدعَى عليها طالبةً استئناف الحياة الزوجية في بيتٍ مستقلٍّ أثاثاً ومعاشًا، وطالبت الحُكمَ لها

بالنفقة، وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحُكمُ المؤرخ في 2011/06/05 القاضي باستئناف الحياة الزوجية في بيت مستقل أثاثاً ومعاشاً وإلزام المدعي بالنفقة ومصاريف العلاج، وهو الحُكم المؤيد بالقرار المطعون فيه بالنقض، وجاء في حيثيات القرار :

" لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأنّ قضاة المجلس أشاروا في حيثيات قرارهم إلى أنّ المطعونَ ضدّها حُبلى من الطّاعن في الشهر الرّابع وألزمُوا الطّاعنَ بمصاريف العلاج ومتابعة الفُحوصات الطبية، وبقضائهم ذلك يكونون قد ردّوا ضمنيا على طلب الطاعن بخصوص نفي النّسب بتحاليل الحمض النووي وانتهوا إلى رفضه ضمنيا وطبقوا في ذلك صحيح القانون، لأن النّسبَ الثّابت بالفراش لا يَنْتفِي إلا باللّعانِ فقطْ، وهو الطريقُ المشروعُ الذي قصدته الْمَادّة 41 من قانون الأُسْرَة ولا يجوزُ تقديم البَصمة الوراثية على اللعان بناءً على طلب الزوج، وأن نص الْمَادّة 2/40 من قانون الأُسْرَة مقرر للإثباتِ وليسَ للنفي، والحالُ أن النَّسبَ هنا ثابتٌ بالفراش مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض".

← اللّعَانُ هو الطّريقُ المشْرُوعُ لنفْيِ النَّسَب = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1990/07/16 فَصلاً في الطّعن رَقم 76343 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 3/1991، الصَّفْحَة 75) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المُقَرّر شَرْعًا وفقهًا وُجُوبُ التعجيل باللعان غير أنّ هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصّة، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بخلاف ذلك يُعَدّ مُخَالفًا للقَوَاعد الشّرعيّة. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ قضاةَ المجلس لما قضَوْا بنَفْي اللّعَان دون مراعاة الظّروف الخاصة للزوْج خرجوا عن القواعد الشرْعية}، وجاء في حيثيات قرار النقض أنّ الزّوْج علم بالحمْل في 1986/08/15 ورفع دعواه في 1986/09/01، وأنّ أحْكام

الشّرْع تتطلب أنْ يكون اللّعان في مدّة يوْم أو يوْميْن من العلْم بالحمْل، وأنّ عذْر التّأخّر هو لكوْن الزّوْج موظّفٌ في سفارةٍ بالْخارج وأنّ زوْجَتَهُ أخْبرتْه بالحمْل وهو على وشكِ السّفرِ (رجلُه في بداية السفر كما جاء في القرار).

➜ مُدّةُ رَفْع دَعْوَى اللّعَان (1) : أُسبُوعٌ من يَوْمِ رُؤْيةِ الزّنَا أوْ العلْم بالْحَمل = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2002/12/25 فَصلاً في الطّعن رَقم 296020 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2004، الصّفْحَة 289) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مدّةُ اللعان حسبمَا استقرَّ عليه اجتهادُ المحكمة العليا هي أُسبُوعٌ من يوم رُؤية الزنَا أو العلم بالحَمل}، وهو ما ذهب إليه قضاة المَوْضُوع في قضية الحال على أساس أن دعوَى اللعان جاءَت بعد نزاع حول الحمل دام ما يقارب العشرين سنة.

➜ مدّةُ رفْع دَعْوى اللّعَان (2) : بمُجَرّد علْم الزّوْج بالْحَمْل أو الوَضْع أوْ رُؤْية الزّنا = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1985/02/25 فَصلاً في الطّعن رَقم 35934 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1989، الصّفْحَة 83) وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المبادئ الشّرْعية أنّ دعوَى اللّعان لا تُقبَلُ إذا تأخّرتْ ولوْ ليوْمٍ واحدٍ بعد علْم الزّوْج بالحمْل أو الوضْع أوْ رؤية الزّنا. يكون باطلا القرارُ الذي يقضي قبل البتّ في الدّعوى الخاصّة بنَفْي النّسب بتوْجيه اليمين لكلّ واحد من الطّرفين إذا رَفَعَ الزّوْجُ دعواهُ بعدَ مُضيّ (12) يومًا من علمه بوضع زوجته لحملها}.

➜ مدّةُ رَفْع دَعْوَى اللّعَان (3) : بمُجَرّدِ العلْم بالْحَمْل أوْ فَوْرَ الولاَدَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة وَالمَوَاريث بتَاريخ 1984/12/03 فَصْلاً في الطّعْن رَقم 35326 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، العدد 1/1990، الصّفْحَة 83) وَقد جَاءَ فيه مَا

خُلاَصته : {من المقرّر شرعا أنّ النّسب يثبت بالفراش الصّحيح، ومن ثمّ فإنّ القضاء بإثبات النّسب حال قيام الزّوْجية ودون اللّجوء إلى تطبيق قواعد اللّعان في المهْلة المحدّدة شرعًا للقيام به يُعدّ قضاءً صحيحًا. ولما كان النسبُ الذي أنكرَه الطاعنُ هو نسبٌ ثابتٌ من خلال عناصر ملف الدعوى وتصريحات القضاة فيما يخص عودة الزوج إلى زوجته عند أهلها والمكوث معها في الخفاء مدّةً لم يُنكرهَا الزّوجُ ولم يعارضها ، فإنه بعدم إنكاره الحملَ يوم سمع به أو إنكاره الولد حين ولادته أو في المهلة القريبة التي يقررُها الشّرْعُ لإجراء قواعد اللعان، سَقَطَ حقّه في إنكار النّسب، ومن ثمّ فإنّ النّعيَ على القرار المطعون فيه بالوجه المثار من الطّاعن تأسيسًا على مخالفة أحكام الشّريعَة الإسْلامِيّة غير جدّي ويتعيّن ردّه} .

➔ الحُكمُ بإثبَاتِ الزّوَاجِ ونَفْي الحَمْلِ دُون لعَانٍ خطأٌ = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1993/11/23 فَصْلاً في الطَّعْن 99000 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا ، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 64) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من المقرّر قانونًا أنّ الولدَ يُنسَب لأبيه متى كان الزّواجُ شرعيا وأَمْكنَ الاتّصالُ ولم ينفِهِ بالطّرقِ المشروعة. ومن المستقرّ عليه قضاءً أنّ مدّة نفْيِ الحملِ لا تتجاوزُ 8 أيام. ومتى تبيّن، في قضية الحال، أنّ المطْعون ضدّه لمْ يبادرْ بنفْي الحمْل منْ يوْم علْمه به وخلال المدّة المحدّدة شرعًا ، وتمسّكَ بالشهادة الطّبّية التي لا تُعتَبر دليلا قاطعًا ، ولأنَّ الولدَ وُلِدَ بعد مرور أكثر من 6 أشهرٍ على البناء، فإنّ قضاةَ الموضوع بقضائهم بصحّةِ الزّواجِ العُرفي مع رفض إلْحاق نَسَبِ الولد بأبيه عرّضُوا قرارَهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانُون الأسْرَة، وأخطأوا في تطبيق المادتين 41 و42 من قانُون الأسْرَة فيما يخصّ إلحاق النّسَب} .

← ومِمّا يترتّبُ على اللّعان أنّ مَنْ لاعَنَ زَوْجَتَهُ لا تَحِلُّ لَهُ أَبَدًا.

← الحَيْضُ أثناءَ الطّلاق (ليس دليلا) = قرار المَحكَمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتاريخ 1985/03/11 فَصلاً في الطّعن رَقم 35992 (مَنشُور بالمَجلّة القضائية، العَدَد 1/1989، الصّفْحَة 86) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : يستوجبُ النقضَ القرارُ الذي قضَى بإبْطال إثبات نسب المولُود إذا ما اعتمد على أنّ المدّعية كانتْ في حالة حيْض أثناء طلاقها، ذلك أنّ هذا التبْرير ليْس دليلا شرْعيا على عدم الحمْل}.

← جاء في دراسة للأستاذ الدكتور محمد جبر الألفي بعنوان "إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية" منشورة على موقع http ://www.almoslim.net أن محكمةً سعوديةً (محكمةُ الرّياض الكبرى) اعتمَدَتْ على نتائج البصْمة الوراثية في إقناع الزّوْج الذي يعتزم إجْراء اللّعان لنفْي ولده، وقد تمّ ذلك فعلاً وزالَ الشّكُّ من نفس الزّوج، كما زالَ الحَرَجُ عن الزّوجة وأهلها.

← وفي رأيٍ للدكتور بلحاج العربي، في دراسته المنشورة في مجلة المحكمة العليا (العدد 1/2012 الصفحة 29) بعنوان : الجوانبُ القانونية لإثبَات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانُون الأُسْرَة الجزائري الجديد، فإنه ذهب إلى أنّ {اللّعان يكون عندما ينْعدم الشّهود، وليْس ثمّةَ شاهدٌ إلا الزّوج فقط، لقوله تعالى : (ولمْ يكنْ لهمْ شهداء إلاّ أنْفسُهم)، حينئذٍ يكونُ اللّعان وفقًا للآية الكريمة، أمّا إذا كان مع الزّوج بيِّنة تثبت ما يدّعيه، كالبصمة الوراثية تشهدُ لقوله أوْ تنْفيه، فليْس هناك موجبٌ للّعان. ذلك أنّ تحاليل البصمة الوراثية تقوم بالشّهادة، كما أنّ نتائجَها يقينيّة قطْعية، لكونْها مبْنيّة على الصّفات الوراثية العلْمية بين الآباء والأبْناء، ممّا يؤدّي إلى معرفة الأب الحقيقيِ "البيولوجي" إلى حدّ بعيد}، وهذا رأيٌ منطقيّ وقويّ يستقيمُ مع الفهم العَميق للآيَة القُرآنية.

المَادّة 41 :

يُنسَبُ الوَلدُ لأبيهِ مَتى كَانَ الزّوَاجُ شرْعيًا وأمْكَنَ الاتّصَالُ ولَمْ يَنفِهِ بالطّرُقِ المشْرُوعَة.

← قَالَ رَسُولُ اللّهُ صَلّى اللّهُ عَلَيْه وَسَلّم في الحديث الصحيح {الوَلَدُ للفِرَاش، وللعَاهِرِ الحَجَر} أخرجه البخاري وهو حديثٌ صحيحٌ متّفقٌ عليه، والفراشُ هو الزوجية. وقد جاء الحديثُ في حال المرأة المتزوّجة إذا زَنَتْ ووقع النّزاعُ بين طرفين حوْلَ نسب المولود (اختصام سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة إلى رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم) فدلّ على إلْحاق نسب المولود في حالة الشكّ والخلافِ بالزّوجِ صاحب الفراش وليْس بالزّاني، فالحديثُ يتعلّقُ بحالةِ ما إذا كانَ هناكَ فراشٌ وكانَ نسبُ المولود محلَّ نزاعٍ بين صاحب الفراش وغيره، وليْس في الحديث ما يدلّ على حكم حَمْل الزّانية غيْر المتزوّجة أيْ حالةِ ما إذا لمْ يكنْ هناك فراش (زواج) ولم يكن نسبُ الحمل محلَّ نزاع، ومع ذلك فإن غالبية فقهاء الشّريعة ذهبوا إلى تعْميم الحُكْم على ابْن الزّنا في كلّ الحالات، وهذا التعْميمُ مخالفٌ للمنْطق والقياس والعدل، فهو مخالفٌ للمنْطق والقياس لأنّ فقهاء الشّريعَة الإسْلاميّة مُجْمِعون على إلْحاق نسب ابْن الزّنا بأمّه الزّانية لثبوت ولادتها له، فيَرثُها وترثُه وتحرُمُ عليه أَخَواتُه منها وخالاتُه، فما المانع من إلحَاق نسبه بوالده إذا تأكّدَ أنّه والدُهُ البيولوجي فعلا ؛ وهو مخالفٌ للمنْطق من جهة أخْرى لأنّ الفقهاءَ مجْمِعُون أيْضًا بأن إقرار الشّخْص بأبوّته لولدٍ مجهولِ النّسب يُعتبَر إقرارًا صحيحًا يترتّبُ عليْه إلْحَاقُ النّسب دون التّطرّق إلى حقيقة قيام زواجٍ صحيحٍ أو فاسدٍ مشترطين فقط ألا يُصرح المقرُّ بأنّ المولود ناتج عن زنا، وهذا موقفٌ لا يستقيمُ مع القول بأن النسبَ لا يلحقُ بالأب في حال الزنا، وهو من جهةٍ أخيرة مخالفٌ للعدل لأنّ ابْن الزّنا لا ذنْب له فيما فعل أبواه فبأيّ

حق نحكمُ عليه بدخُولِ الحياةِ بوَصمةِ عارٍ تُحطّم حياتَه، وتترعرعُ معه حالَ طفولته وشبابه وكهولته وتطالُ حتّى ذريّته، إنّه لظلْمٌ تأباهُ أحكامُ الشّريعةِ الإسْلاميّة الغرّاء، وليسُ أدلَّ على ذلك من قوْلهِ صلّى اللهُ عليهِ وسلّمَ في الحَديثِ الذي روتْهُ عائشةُ أمُّ المؤمنين رضيَ اللهُ عنْها : {ليسَ عليْهِ منْ وزْرِ أبويْهِ شيْءٌ} (أخْرجه الطّبراني).

➜ الولَدُ للفِرَاشِ = إقرارُ الزّوْجة أمام الموثق بنَفْي الحمْل لا يمْنعُ فيما بعْدُ منْ إلْحاق نسب الحمْلِ للزّوْج (في قضية الحال وقعَ الإقرارُ مُنذُ ما يزيدُ عن 35 سنة، وكان بمناسبة تحرير وثيقة طلاق، والوثيقة حُرّرت في 1953/05/27 والولدُ وُلِدَ في 1953/11/16 أيْ داخل مدّة الحمْل) = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 1989/10/30 فصلاً في الطّعن رَقم 72353 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 1991/2، الصّفْحَة 71) وقَد جاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقَرّر قانُونًا أن الإقرارَ هو اعترافُ الخَصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدّعَى بها عليه وذلك أثناءَ السّيْر في الدّعْوَى المتعلّقة بها الواقعة، وَمنْ ثمَّ فإنّ النّعْيَ على القَرَار المطْعُون فيه بالقُصُور في التّعْليل وانعدَام الأسَاس القانوني غيْرُ مُؤسّس. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ إقرارَ الزّوْجة بنفْي الحمْل لمْ يقعْ أمام القاضي، ومنْ ثمَّ فإنّ قضاة المَوْضُوع بقضائهم بإلْحاق نسب الولد لأبيه طبّقوا القانونَ تطْبيقًا صحيحًا} (القضاة في هذه الحالة طبّقوا قاعدة الولد للفراش - المؤلّف).

➜ الولَدُ للفراش، ولا يَجُوزُ عِنْدئذٍ اللُّجُوءُ للْخِبرَة = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 1999/06/15 فصلاً في الطّعن رَقم 222674 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 1999/1، الصّفْحَة 126) وقَد جاءَ فيه : {المَبْدَأ : ① مِنَ المُقَرّر قانونًا أنه يثبت نسبُ الولد لأبيه متى كان الزواجُ شرعيا. ومن المقرر

أيضًا أنه يُنسب الولدُ لأبيه إذا وُضع الحمْلُ خلالَ 10 أشهرٍ من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وأنّ عدّة الحامل وضعُ حملِها وأقصى مدّته 10 أشهرٍ من تاريخ الطّلاق أو الوفاة.

ومتى تبيّن، من قضيّة الْحَال، أنّ ولادة التّوْأمين مَوْضُوعَ النزاع وقعتْ في ظلّ قيام الحياة الزّوجية بين الطّرفين، وأنّ الانْفصال الواقعَ كان إثر خلافٍ بيْنَهما ولمْ يكن لا في حالة الطّلاق ولا في حالة الوفاة حتى يَخضعَ لأحكام المادتين 43 (و) 60 من قَانُون الأُسْرَة، ومن ثمَّ فإن العصمةَ بينهما قائمة، والزّواج شرْعيّ، وثبت نسب التّوْأمين لأبيهما لأنّ الطّاعن لم ينفِهِ بالطّرق المشْروعة أيْ الملاعنة.

وعليه فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا طبّقوا القانون تطبيقًا صحيحًا، مما يستوْجب ردّ الوجه الأوّل لعدم التأسيس.

② ومِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا أيضًا أنه يَثْبتُ النسبُ بالزّواج الصحيح وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشّبهة وبكلّ نكاح تمّ فسخه بعد الدّخول طبقا للمواد 32-33-34 من قَانُون الأُسْرَة ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ ذلك يُعدّ مخالفة للقانون.

ومتى تبيّنَ من قضية الحال أنّ قضاةَ المجلس لما قضَوْا بتأْييد الحُكْم المستأنَف القاضي بتعيين خبرةٍ طبية قصْد تحليل الدّمّ للوصول إلى تحديد النّسب خلافًا لقواعد إثبات النّسب المسَطّرة شَرْعًا وقانوناً طبقاً لأحكام الْمَادّة 40 وما بعدها من قَانُون الأُسْرَة فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرّضُوا قرارهم للنقض} (وقد أوضح القرارُ أنّ الزوجةَ تبقى فراشًا للزّوْج ما دام الزّواجُ قائمًا بغضّ النّظر عن الغياب أو مغادرة مسْكن الزّوْجية أو الانْفصال الذي يحدُثُ إثر الخلاف).

➔ الدّخولُ ليسَ منْ أرْكان الزّوَاج، ونَسَبُ المولود تحْكُمُهُ نُصُوصُ المواد 40 وما بعدها من قَانُون الأُسْرَة ولا يكْفي إنْكارُ

البناء بالزّوجة = قرار المَحكمة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 2009/01/14 فصلاً في الطّعن رَقم 474897 (مَنشور بالمَجلّة القَضائية، العَدد 1/2009، الصَّفحَة 255) وَقد جاءَ فيه : {المَبدأ : لا يُعدُّ الدّخولُ رُكنًا من أرْكان الزّوَاج}.

المَادّة 42 : أقَلُّ مُدَّةِ الحَمْلِ ستَّةُ أَشْهُرٍ وأقْصَاها عَشَرَةُ (10) أشْهُر.

← تحديدُ أقلّ مدّة الحمْلِ بستّة أشْهرٍ هو استنباطُ الإمام عليّ رضي الله عنه وقد استدلّ بقوله تعالى : (وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثلاثُونَ شَهرًا) الأحقاف/15، مع قوله تعالى : (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ) البقرة/233، فإذا كانتْ مدّة الرّضاع من الثلاثين هي حولين يكون الحمْلُ ستّة أشْهر. وقدْ ثبت أنّ ذلك موافق لما وصل إليه علماء الطّبّ.

← أقلُّ مُدَّة الحَمْل ستَّةُ أشهر = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 1990/01/22 فَصلاً في الطّعن رَقم 57756 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/1992، الصّفْحَة 71) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقرَّر قَانُونًا أن أقلَّ مدّة الحمْل ستّة أشْهر وأقْصاهَا عشْرة أشْهر، ومن ثمَّ فإنّ القضاء بما يُخالف ذلك يُعدّ خرقًا للقانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ مدّةَ حمْل المطْعون ضدّها أقلّ من الْحدّ الأدنى المقرّر قانونا فإنّ قضاة المجلس بقضائهم إلْحاق نسب الطّفل لأبيه خرقوا القانون} (مدّة الحمْل في هذه القضية كانتْ 5 أشْهر وعدّة أيام كما جاء في صلْب قرار المحكمة العليا).

← لا معْنَى لتَحْديد أقْصَى مُدّة الحَمْل ما دام الفِرَاشُ قائمًا وليْسَ هُنَاك نفْيٌ بالطُّرُق المشْرُوعَة = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عَنْ غُرفَة شُؤُون الأُسرَة بتَاريخ 1997/07/08 فَصلاً في الطّعْن

165408 (مَجلّةِ المَحْكمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَال الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 67) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاصَتُه : {من المقرر شرعًا أنّ الولدَ للفراش وللعَاهر الحَجر. ومن المستقرّ عليه قضاءً أن مدّةَ نفْي النسب لا تتجاوزُ ثمانية أيام. ومتى تبيّن، في قضية الحال، أنّ ولادة الطّفل قد تمّتْ والزوجيةُ قائمةٌ بين الزوجين، وأنّ الطاعنَ لم ينْفِ نسبَ الولد بالطّرق المشْروعة، وأنْ لا تأثيرَ لغيْبة الطّاعن (16 شهرًا) ما دامت العلاقةُ الزّوجيّةُ قائمة. وأنّ القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبّقوا صحيح القانون}، وجاء في صُلب القرار (أنّ المادة 42 من قانُون الأُسْرَة لا تنْطبق على دعوَى الحال لأنّ ولادَة الطّفل موْضوع النّزاع قد تمّتْ والزّوْجية قائمة بيْن الزّوْجين).

➔ ابنُ الزِّنَا لا يُنْسَبُ إلى أَبيهِ = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة وَالموَاريث بتَاريخ 1984/12/17 فَصْلاً في الطّعْن رَقم 35087 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، العدد 1/1990، الصَّفْحَة 86) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصته : {من المقرّر أنّ الولدَ للفراش الصّحيح، وأنّ أقلّ مدّة الحمْل هي ستّة أشْهر، ومنْ ثمّ فإنّ الولد الذي وُلد بعد 64 يومًا لا يثبت نسبُه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك فإنّ النّعي على القرار القاضي بنَفْي النّسَب غير مؤسّس ويسْتوجبُ الرّفْض. إذا كان الثابتُ في قضية الحال أنّ قضاةَ الاستئناف طبّقوا في قرارهم في نفْي النّسب بعد أنْ تبيّن لهم أنّ عقْد الزّواج أبْرم بين الطّرفين يوْم 1981/11/02 وأنّ البنْت ازدادت يوم 1982/01/06 أربع وستين يومًا من تاريخ الزواج، أيْ بأقلّ من مدّة ستة أشهر وهي أقلّ مدّة الحمْل، وأنّ الاتّصال الجنْسي المزْعوم قبْل العقْد يُعَدّ زنا وأنّ ولد الزّنا لا ينْسب إلى أبيه، ومتى كان كذلك استوْجب رفْض الطّعن}.

➔ لا يَثْبُتُ النَّسَبُ نتيجةَ علاقةٍ غيْر شرْعيّة = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/11/17 فَصْلاً في

الطَّعن 210478 (مَجلَّةِ المَحكَمَةِ العُلْيا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوالِ الشَّخْصيَّة، 2001، الصَّفْحَة 85) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه :
{من المقرَّر قانونا أنّ أقلّ مدّة الحمل ستّة أشهر وأقصاها عشرة أشهر. ومتى تبين، في قضية الحال، أن مُدّة الحمل المحدّدة قانونًا وشرعًا غير متوفّرة لأن الزّواج تمّ في 1994/05/02 والولد قد ولد في 1994/05/07، كما أن إقرار المطعون ضده بأبوّته للولد أمامَ مدير الصحّة والحماية الاجتماعية لا يُؤخذ به لأنّ الإدارة غيْر مؤهَّلة قانونًا لتلقّي الإقْرار، وعليه فإنّ قضاة المَوْضوع لمّا قضوْا برفْض دعوى إثبات النّسب لأنّ النَّسب لا يثبت بالعلاقة غيْر الشّرْعية طبّقوا صحيح القانون}.

← زواجٌ باطلٌ وَقعَ في العِدّة، وحَمْلٌ لأقلَّ منْ 6 أشْهُر، فَالمَوْلُودُ يُنْسَبُ للْفراش الأوّل = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/05/19 فَصْلاً في الطَّعْن 193825 (مَجلَّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصيَّة، 2001، الصَّفْحَة 73) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من المقرّر شرْعًا أنّ الزّواجَ في العِدّة باطل، ومن المقرّر قانونًا أنّ أقلَّ مدّة الحمْل ستّةُ أشْهرٍ وأقصاها عشْرة أشْهر. ومتى تبيّنَ، في قضية الحال، أنّ الزّواجَ وقعَ على امْرأةٍ ما زالت في عدّة الحمْل، وأنّ الحملَ وُضع بعد 4 أشْهرٍ من تاريخ الزّواج الثاني، وأنّ قضاةَ الموضوع بقضائهم باعْتبار الطاعنة بنْت للزّوْج الثّاني اعْتمادًا على قاعدة الولد للفراش، مع أنّ الزّواج الثاني باطل شرْعًا، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانونَ وخرقوا أحْكامَ الشّريعَة الإسْلاميّة. ومتى كان كذلك استوْجب نقْض القرار المطعون فيه بدون إحالة}.

الْمَادّة 43 : يُنْسَبُ الْوَلَدُ لأَبيه إذا وُضِعَ الْحَمْلُ خِلالَ عَشَرَةِ (10) أَشْهُرٍ منْ تَاريخ الانْفِصَال أَوْ الْوَفَاة.

- أقصى مُدّةِ الحَمْل عَشْرَةُ أَشْهُر حسب النّصّ، وهو ما يجب أنْ يُعْمل به، وللْعلماء والفقهاء آراءٌ متعدّدةٌ في هذا الباب.

-يَرَى جُمْهُورُ فُقَهَاءِ الشّريعَة الإسْلاميّة عمومًا (الْمَالِكِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ وَالْحَنَابِلَةُ) أَنَّ أقْصى مدّة الحمْل أَرْبَعُ سَنَوَاتٍ.

➜ حسَابُ مُدّة الحمْل في حَال الطّلَاق = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/03/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 330464 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضائية، الْعَدَد 1/2005، الصَفْحَة 293) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يُنسَبُ الابْن لأَبيه إذا وُلد خلال المدّة المحدّدة قانونا، المحسوبة من تاريخ صُدور الحُكْم النّاطق بالطّلاق}، وفي قضية الحال دَفَعَ الطّاعنُ بأنّ المطْعون ضدّها لمْ تصرّحْ بالحمْل خلال دعوى الطّلاق السّابقة وأنّها غادرتْ بيْت الزّوْجية نهائيّا في مارس 1998 وتاريخ ولادة الطّفْل هو 1999/02/21 أيْ بعد 11 شهرا من مغادرة البيْت الزّوْجي في حين أنّ أقْصَى مدّة الحمْل هي 10 أشْهرٍ حسب نصّ الْمَادّة 42 من قَانُون الأُسْرَة، غيْر أنّ قضاة المَوْضُوع أخذوا بعين الاعتبار تاريخَ صدور حُكْم الطّلاق، والمحْكمةُ العليا لمْ تستجبْ لدفْع الطّاعن.

◀ ومن باب القياس : جاء في الْمَادّة 135 من مُدوّنَة الأُسْرَة المغربية : {أقصى أمَدُ الحملِ سنةٌ من تاريخ الطّلاق أوْ الوفاة}.

الْمَادّة 44 :
يَثْبُتُ النَّسَبُ **بالإقْرَار** بالْبُنُوَّة، أَوْ الأُبُوَّةِ أَوْ الأُمُومَة، لمجْهُولِ النَّسَبِ ولَوْ في مَرَضِ المَوْتِ متَى صَدَّقَهُ العَقْلُ أَوْ الْعَادَة.

❖ لصحّة الإقْرار يجبُ أنْ يكونَ المقِرُّ بالغًا عاقلاً مختارًا، وأنْ يكون الْمُقَرُّ له مجهولَ النسب، وأنْ يكون الإقْرارُ ممّا يُصدّقُهُ العقْلُ بأنْ يولَدَ مثْله لمثلِه، وألاّ يُصرِّح المقِرُّ بأنّ المقرَّ له هو ابنُه من زنا.

❖ لا يجوز التّراجُعُ عن الإقرار بالنّسب لتعلّق حقّ الغيْر به.

➜ الإقْرارُ على النّفْس في مادّة النّسَب لا يقْبَل إثبات العَكْس مُطلقًا = قرار المَحكَمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 2012/11/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 0761943 (مَنشور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2013، الصّفْحَة 284) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يثبت النسبُ بالإقرار بالبُنُوَّة، ويكونُ حجّةً على المقرّ حالَ حياته وبعد وفاته، حتّى ولو ثبتَ خلافُ ذلك بطريقٍ آخر. لا يحتملُ الإقرارُ النّفي، لا بشهادة الشّهود ولا بالخبرة العلمية أو تحت أيّ ادّعاء بالتّبنّي أو بغيره}. وجاء في حيثيات القرار :

" لكنْ حيث أنّ من المقرّر شَرْعًا وقانونًا أنّ الإقرار بالبُنُوّة المجرّدُ الذي ليس فيه تحميلُ النّسب على الغيرِ يَثْبُتُ به النسَبُ، ويكونُ ذلك حجة على المقرِّ ولو ثبت بطريقٍ آخَرَ خلافَ ذلك، وهو بعد الإقرار لا يحتملُ النفي لا بشهادة الشهود ولا بالخبْرة العلمية وتحت أيّ ادّعاء بالتّبنّي أو بغيْره، سواء من المقرّ نفْسه أو ورثته بعد وفاته لما ترتّب عن ذلك من حقّ الولد في النّسب، وبالتّالي فطالما أنّ المرْحومة (ز.ف) قد أقْدمت رفقة زوْجها على تسجيل المطْعون ضدّها في سجلات الحالة المدنية على أنّها ابنتهما حسْبما تشير إلى ذلك شهادة الميلاد المدْرجة في الملفّ والتي وردت خالية من الإشارة إلى التبنّي الذي ادّعاه الطّاعنون، فإنّ ذلك يعدّ منْها إقرارا بالبنوّة لا بالتبنّي ويُعَدّ حجةً عليهما حال حياتهما وبعد وفاتهما، ممّا يجْعلُ الوجْهَ غير سديدٍ مستوْجب الرّفض.

حيث أنه بذلك يصبح الوجْه الوحيد غير مؤسّس ويتعيّن معه رفْض الطّعن".

➜ النّسبُ يثبُتُ بالإقْرار بالأمُومَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 1988/12/19 فَصلاً في

الطعن رقم 51414 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 3/1991، الصفحة 52) وقد جاء فيه : {المبدأ : من المقرر قانونا أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض. ولما كان الثابت، في قضية الحال، أن أم المطعون ضده اعترفت بأنه ابنها وأن اعترافها كان صحيحا، ومن ثم فإن قضاة المجلس بموافقتهم على الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس طبقوا صحيح القانون}.

➜ تناولت مدونة الأسرة المغربية موضوع البنوة للأم بتفصيل أوسع في موادها التالية :

المادة 146 مدونة الأسرة المغربية : تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية.

المادة 147 مدونة الأسرة المغربية : تثبت البنوة بالنسبة للأم عن طريق :

- واقعة الولادة ؛
- إقرار الأم طبقا لنفس الشروط المنصوص عليها في المادة 160 بعده ؛
- صدور حكم قضائي بها.
- تعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاغتصاب

المادة 45 :

الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه.



❖ كالإقرار بالأخوّة فلا يسري على غير المقرّ إلاّ بتصديقه.

المادّة 45 مكرّر : (أضيفت بالأمر رقم 05-02 المؤرّخ في 27 فبراير 2005) يجوزُ للزّوجيْن اللّجوءُ إلى التّلقيح الاصطناعيّ. يخضعُ التلقيحُ الاصطناعيّ للشّروطِ الآتية : - أنْ يكونَ الزّواجُ شرْعيا، - أنْ يكونَ التّلقيحُ برضا الزّوجيْن وأثناءَ حياتهما، - أنْ يتمّ بمنّي الزّوْجِ وبُويْضَةِ رَحِمِ الزّوْجَةِ دون غيْرهِما. لا يَجُوزُ اللّجُوءُ إلى التّلْقيح الاصْطنَاعيّ باستعمَال الأمّ البَدِيلَة.

❖ التلْقيحُ الاصْطناعيّ (l'insémination artificielle) ويعْني عمومًا وَضْعُ مَنّي الذّكَر (الزّوْج) بتدخّل المصالح الطّبّيّة في رَحِمِ المرْأةِ (الزّوْجة)، فيتِمُ التلْقِيحُ بين الحيوان المنويّ والبويْضة اصْطناعيًّا بعد أنْ تعذّر حصولُهُ بصفةٍ طبيعيّةٍ بفعْلِ ضعْفِ قدْرةِ الانتصابِ لدى الرّجل أو قِلّة عدد الحيواناتِ المنوية لديه أو غيرها من الأسباب، وضوابطُهُ محدّدة في النّصّ.

المادّة 46 : يُمْنَعُ التّبَنّي شرْعًا وقَانُونًا.

➜ إثبَاتُ التّبنّي يخْضَعْ لأحْكَام قَانُون الأُسْرَة ولا يَتَوَقّفُ على دَعْوَى جزائية = قرار المحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/01/23 فصلاً في الطّعن رَقم 256259 (مَنشُور بالمجَلّة القَضائية، العَدد 2/2002، الصّفْحَة 453) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : تُبطَلُ العقودُ عندما تكون البياناتُ الأساسيةُ الواردةُ فيها

مزوّرةً أو في غير محلّها ولوْ أنّ العقْد في حدّ ذاته كان صحيحًا شكلاً، ويجوزُ أيضًا إبطالُ العقد عندما يكونُ مُحَرراً بصفةٍ غير قانونيةٍ ولو كانت بياناتُه صحيحة. وإن القضاءَ برفض دعوَى إبطال النسب للولد المتبنَّى بناءً على براءة المطعُون ضدّها من جنحة التزوير يُعدّ خطأً في تَطبيق القانُون لأن النّسبَ له قواعد إثباتٍ مستْقلّةٍ لا تترتّبُ على دعوَى جزائية}، وارتكزَ القرارُ في تحليله على أحكام المَادّة 46 من الأمر المتعلقِ بالحالةِ المدنية التي تؤكد ذلك.

➔ الالْتزَامُ بالتّخلّي عن الطّفْلِ تَصرّفٌ مُخالِفٌ للنّظام العَامّ = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1987/01/26 فَصلاً في الطّعن رَقم 44571 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1992/4، الصّفْحَة 49) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقَرّر قَانُونًا أنه إذا كان محلّ أوْ سبب الالتزام مخالفين للنظام العامّ أوْ الآداب كان العقدُ باطلا، وَمنْ ثمَّ فإنّ النّعيَ على القَرَار المطعُون فيه بمخالفة القانون غير وجيه. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ أساسَ دعوَى الطاعنة يتعلّقُ بعقدِ التّخلّي لها نهائيا عن البنت دون أن توجد أية قرابةٍ سواءٌ منها النَّسَبيّة أو بالمصَاهرة تربطها بأبوَيْ البنت، فإنّ قضاةَ المَوْضُوع بقضائهم بإرجاع البنت إلى والديها طبّقوا صحيح القانون}.

➔ قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1995/05/02 فَصلاً في الطّعن رَقم 103232 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1995/2، الصّفْحَة 99، وفي العدد الخاصّ باجْتهاد غرفة الأحْوال الشّخْصيّة الصّادر عام 2001 الصّفْحة 152) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقَرّر قَانُونًا أنّ التّبنّي ممنوعٌ شرْعًا وقانونًا، ويُنسب الولدُ لأبيه متى كان الزّواجُ وأمْكَنَ الاتّصالُ ولمْ ينْفِهِ بالطّرق المشْروعة.

وحيْث انْحصر طلبُ الطّاعنين _ الحاليين _ في إبْطال التبنّي الذي أقامه المرْحوم (ط. ن) فإنّ قضاةَ المَوْضُوع عنْدما ناقشُوا الدّعوَى

وكأنها تتعلّقُ بنفي النّسب وطبّقوا قاعدة الولد للْفراش فإنّهم قد أساءُوا التّكييف، ممّا ينْجرُّ عنْه نقْضُ قرارهم بدون إحالة} (ملاحظة : الطاعنون أبناء عمومة الهالك، والحكمُ الابتدائي قضى بإزالة اللقب من عقد ميلاد الولد المتبنّى.).

← دَعْوَى إبْطَال التّبَنّي ليْسَت كَدَعْوَى نَفْي النَّسَب = قرَار المَحكَمَة العُلْيا الصّادر عنْ غرفَة شؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1994/06/28 فَصْلاً في الطّعْن 122761 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 155) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من المقرر أنه يُمنَعُ التبنّي شرعًا وقانونًا. ومتَى تبيّنَ، في قضية الحال، أن المطعونَ ضدّه لم يكن ابنًا شرعيًّا للمتبنِّي فإن للمدّعيةِ الحقُّ في إخراجه من الميراث لأنّ التّبنّي ممنوعٌ شرعًا وقانونًا، وعليه فإن قضاةَ الموضوع لمّا أيّدُوا الحكْمَ المستأْنَفَ القَاضي برَفْضِ دَعْوَى إبْطَال التّبنّي على أساس أنّ المتبنِّي لمْ يُنْكِرْ نسبَ الولد المتبنَّى قدْ أخْطأُوا في تَطْبيق القَانُون، ذلك أنّ دعْوَى إبْطَال التّبنّي ليْسَت كدعْوَى نَفْي النّسَب (المواد 46 من قانُون الأسْرَة و47 من قانون الحالة المدنية)}.

← يَجِبُ إبْطَالُ شَهَادَة الميلادِ الّتي تتَضمّنُ التّبَنّي (تسجيلُ المولود على أنه ابن المصرّح في حين أنه جَلَبَهُ من مصلحة الحماية الاجتماعية) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2000/11/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 246924 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2001، الصّفْحَة 297) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يُمنَعُ التبنّي شَرْعًا وقانونًا. إنّ تكييفَ القضيةِ على أنّها تبنّي دون إبطال عقد الميلاد للمتبنَّى هو مخالفةٌ للقانون. وجاء في القرار أن الإلغاءَ يكون بناءً على أحكام المادّتين 46-47 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلّق بالحالة المدنية}.

➜ شَهادَةُ الميلادِ لاَ تَمنَعُ من إثبَاتِ التَّبَنّي عنْ طَريق الشُهُود = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصَّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 2001/06/20 فـصلاً في الطّعـن رَقـم 259953 (مَنـشُور بالمجلّـة القَضَائية، العَدد 1/2004، الصَفحَة 260) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : لا تكون شهادةُ الميلاد في حالة التبني دليلاً قاطعًا على النسب، إذ ما هـي إلا تـصريحٌ يمكـنُ إبطالُـهُ بجميـع وسـائل الإثبات}، وجـاء في حيثيـات القـرار «حيثُ أن قـضاةَ المَوْضُوع اعتبروا أنّ نسبَ المطعون ضدّه للمرحوم ثابتٌ بناءً على وثائق الحالة المدنية، أيْ على شهادة ميلاد المطعون ضدّه، مع أنّ النّسَبَ له قواعد إثباتٍ خاصة، وعقدُ الميلاد لا يقومُ حجّة أمام شهادة الشهود لأن عقد الميلاد ما هو إلا مجرّد تصريحٍ يمكنُ أن يكونَ خاطئًا أو غيرَ صحيحٍ من طرفِ مَن صرّحَ به أمام ضابط الحالة المدنية، ويمكنُ إبطالُه بأية وسيلةٍ بما فيها شهادةُ الشهود لأن المَادّة 46 من الأمر المتعلق بالحالة المدنية والمؤرخ في فبراير 1970 تنص على الحالات التي تبطل فيها عقود الحالة المدنية، وبالتالي فإن قضاةَ المجلس عندما قضوا بإلغاء الحكم المستأنف الذي أبطل تبنّي المطعون ضدّه واعتبروا أنّ شهادة ميلاده تثبت نسبَه قد أخطأوا في تَطبيق القَانُون والشريعة خصوصًا وأن المطعونَ ضدّه أقرَّ بنفسِه أمام المحكمة بأنه ليسَ الابنَ الشرعي للمرحوم (س-م بن م) الذي قام بتبنّيه، إضافةً إلى أن المطعونَ ضدّه معروفُ النسب ولقبُهُ الحقيقي هو (ب-ع بن ع) مما يجعلُ الوجهَ مؤسسًا، الأمر الذي يتعينُ معه نقضُ القرار المطعون فيه بدون إحالة».

❖ وهو تأكيد من المَحكَمَة العُلْيَا لقضائها الوارد في قرارها الصّادر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتاريخ 2000/01/18 فَصْلاً في الطّعْن 234949 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصِيّة، 2001، الصَفْحَة 158) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه :

{من المقرّر أن إبطالَ العقود الخاطئة (شهادات الحالة المدنية) عندما تكون البياناتُ الأساسيةُ الواردةُ فيها مزوّرةً أو في غير محلّها يقدّمُ الطّلبُ إمّا بصفةٍ أصليةٍ أمامَ محكمة المكان الذي حُرر أو سُجّل فيه العقد، وإمّا بصفةٍ فرعيةٍ أمامَ المحكمة التي رُفع إليها نزاعٌ تناولَ العقدَ المشوبَ بالبطلان. ومتى تبيّن، في قضية الحال، أن الطاعنَ قدّمَ أمام قضاة الموضوع شاهدين ذاكِرًا بأن المطعونَ ضدّها قد تبنّتها أُختُهُ المتوفاة سنة 1997 وبذلكَ فإن قضاةَ الموضوع لمّا قضوا بتأييد الحكم المستأنف وبرفض الدّعوَى على أساس عدم جواز الاعتماد على الشُّهود في إبطال عقد الميلاد باعتباره عقدًا رسميا أخطأُوا في تَطبيق القَانُون (المادة 47 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 1970/09/19 المتعلّق بالحالة المدنية)}.

◄ التشريعُ التونسي يسمح بالتبنّي بموجب القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 (12 شعبان 1377) المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

أَحْكَامُ القَانُونِ الْمَدَنِي وقَانُونِ الإجْرَاءَاتِ الْمَدَنِيَّةِ وَالإدَارِيَّة فِيمَا يَتَعلَّقُ بِالنَّسَب :

❖ في حال تنَازُعِ القوانينِ من حيثُ المكَان (بين الدّوَل) فيما يتعلّقُ بالنّسب تُطبّقُ أحْكامُ القانُون المَدَني الجزائري :

الْمَادّة 13 مُكرّر (أضيفت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005) :

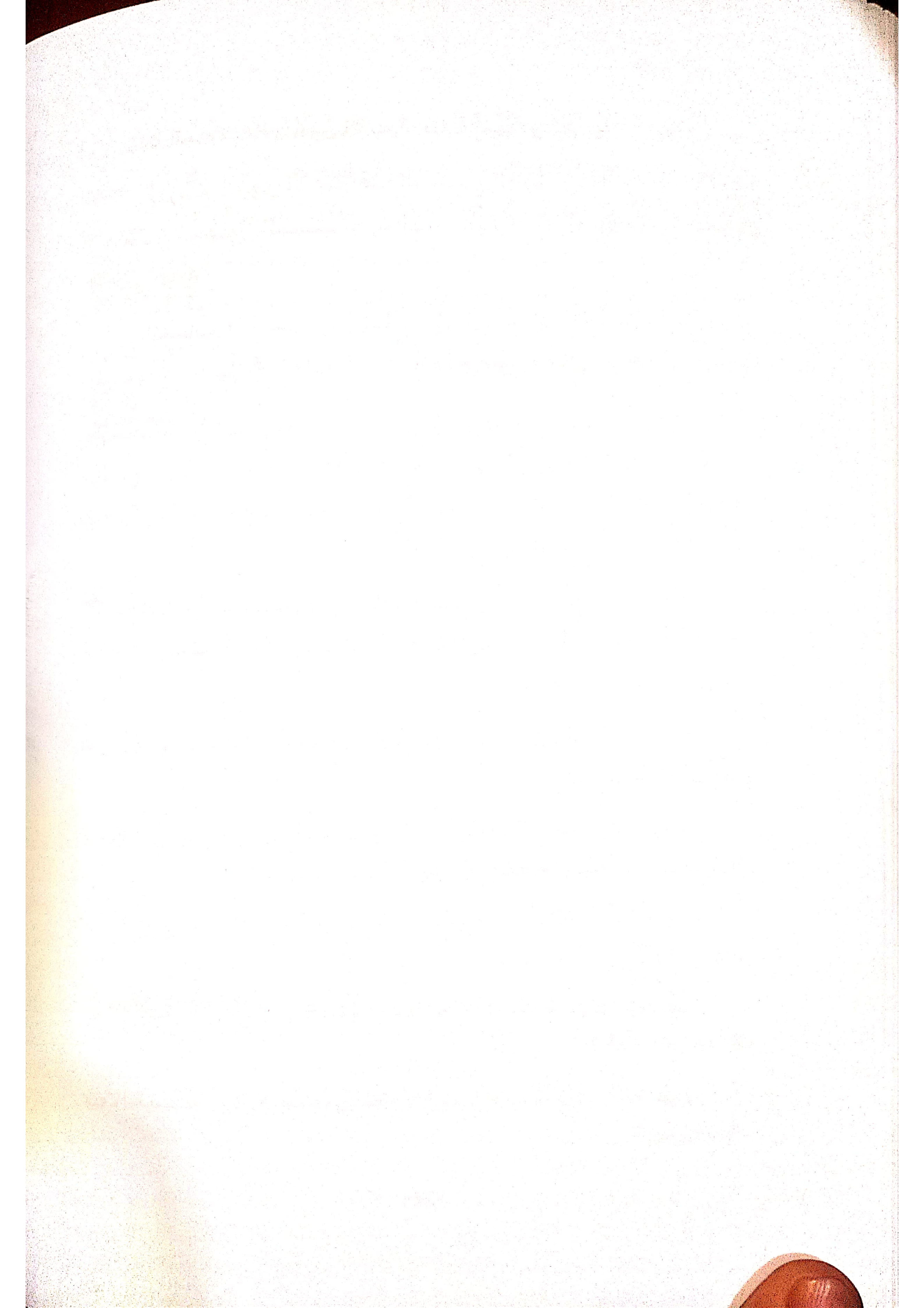
{يَسْري على النَّسَبِ والاعْتِرَافِ به وإنْكارِهِ قَانُونُ جنْسيّة الأبِ وقْتَ ميلادِ الطّفل.

وفي حالة وفاةِ الأبِ قبْل ميلادِ الطّفل يُطبَّق قانونُ جنْسية الأبِ وقْتَ الوفاة}.

❖ الْمَادّة 490 قَانُون الإجْرَاءَات الْمَدَنِيّة وَالإدَارِيّة :

{ترْفَعُ دعْوَى الاعْتراف بالنّسب بالْبُنُوّة أو بالأبُوّة أو بالأُمُومَة لشَخْص مَجْهُولِ النّسب أو إنْكار الأبوّة، أمام محكمة موطن المدّعَى عليْه}.

الْمَادّة 491 منه : {يُنظَرُ في الدعاوَى المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في الْمَادّة 490 أعلاه بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلْسة سرّيّة}.



الْبَابُ الثّاني - انْحلاَلُ الزّوَاج

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE

الْمَادّة 47 :

تَنْحلُ الرَّابطَةُ الزّوْجيّةُ بالطّلاق أوْ الوَفاة.

❖ جمَعَ النصُّ تحت مُصْطَلَح الطّلاَق عدّة صور من صور انتهاء الزّواج، وكُتُبُ الفقه تَسْرد تحت عنْوان انْحلال الرّابطة الزّوْجيّة : الموْت والطّلاق والخلْع والإيلاء (الإصْرار على عدم قرْبان الزّوْجة لمدّة تجاوز أرْبعة أشْهر) واللّعان والطّلاق للإعْسار أو للْغيْبة أو للضّرر (تطْليق) والرّدّة والعيوب التي تُثبت الخيار.

❖ حالةُ وفاة أحد الزّوْجيْن قبْل انْقضاء مدّة العدّة أو صدور الحكْم بالطّلاق = انْظر الْمَادّة 132 بعده.

➜ وَفَاةُ الزّوْج أَثنَاءَ دَعْوَى تَوْقيع الطّلاق = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/11/10 فَصلاً في الطّعن رَقم 653324 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2012، الصّفْحَة 238) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : تؤدّي وفاة الزّوْج بعد رفْعه دعْوى طلاق إلى انْقضاء الخُصُومَة وليسَ إلى انْقطاعها}. وفي قَضيّة الْحَال تُوُفيَ الزّوْجُ أثناءَ سيْر دعْوَى الطّلاق الّتي رَفعَهَا فقامَ ورثَتُه من بعْده بإعادة السّيْر في الدّعْوى مطالبين بالإشْهَاد على وقوع الطّلاق، وقدْ قضتْ محْكمةُ الدّرجة الأولى بانْقطاع الخصومة ولكنّ المجْلسَ قضى بإلغاء الحكْم المستأنَف وقضى من جديدٍ بتثْبيتِ الطّلاقِ الواقعِ قبْل الوفاة، وبعد الطّعنِ بالنّقْضِ قضت المحكمةُ العلْيا بنقْضِ القرار المطْعون فيه مع تمديد النّقْض إلى الحكْم الابْتدائي وبدون إحالة على أساس التّسبيب التّالي :

" حيث أنه بالرّجوع إلى الحكْم المستأنف يتبيّن وأنّ الزّوْجَ (ب. و.م) مورّث المطْعون ضدّهم أقام دعواه أمام المحْكمة طالبًا الطّلاق اعتمادًا على أنّ زوْجته المدعَى عليها تتصرّفُ بطريقةٍ غير عاديةٍ كونُها مريضةً عقْليا أوْ عصبيًا وتقومُ بتكْسير بعض الأشْياء، وهو عاجزٌ عن المقاومة والدّفاع عن نفسه منها، وأنّه لمْ يقعْ اتّصال بها، وبالتّالي فإنّ الدّعوى لم تستهْدف تثبيت الطّلاق على أنّه واقع بأثر رجْعي.

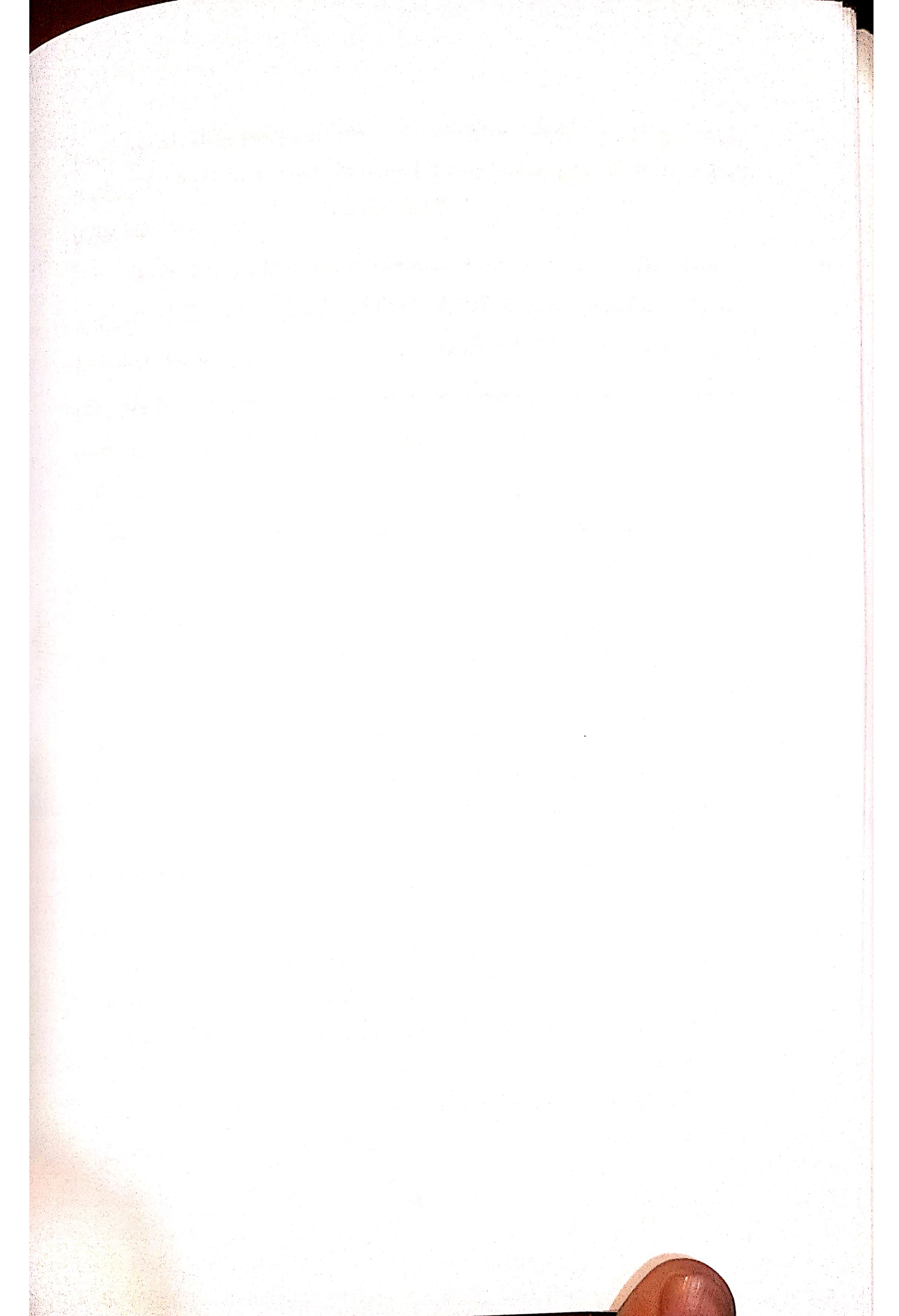
حيث أن الْمَبْدَأ أن المدّعي هو الذي يُحدّد نطاقَ الخصومة منْ حيث الأشْخاص والمَوْضُوع والسّبب، وأنّ قضاة المَوْضُوع مقيّدون بمَوْضُوع الدّعوى ولا يمْلكون تغْييرَه والحكْمَ في غير المَوْضُوع المطْروح عليْهم، وبالتّالي فإنّه طالما أنّ الزّوْجَ رافِع الدّعْوَى لمْ يدّعِ وقوعَ الطّلاق ولمْ يطالبْ بإثباته وإنّما طالب بإيقاع الطّلاق فإنّ ورثته لا يمْلكون تغْيير مَوْضُوع الدّعْوى منْ إيقاع الطّلاق إلى تثبيته بأثرٍ رجْعي، فضلا عن أنّ قضاةَ المجلس لا يمْلكون هذا التغيير وأنّهم بقضائهم ذلك حرموا الطّاعنة من الإرْث خلافا لما تنصّ عليه الْمَادّة 132 من قانون الأُسْرَة التي تنصّ على أنّه في حالة وفاة أحد الزّوْجين قبْل صدور الحكْم بالطّلاق أوْ كانت الوفاة في عدّة الطّلاق اسْتحقّ الحيُّ منْهما الإرْث، ممّا يجعل الوجه سديدا.

حيث أنه بذلك يصبْح الوجْه الأوّل سديدًا ويتعيّنُ معه نقْضُ القرار دون حاجةٍ للردّ على الوجْه الثاني.

حيث أنه لما كانت الدّعْوى التي أقامها الزّوْجُ المتوفّى استهْدَفَت الحكْمَ بالطّلاق ولمْ تتعلقْ بإثبات الطّلاق كواقعةٍ بأثرٍ رجْعي، وكانِ الطّلاقُ أحد الحقوق الشّخْصية غير القابلة للانتقال، فإنّ الخصومة بذلك تكون قد **انقضت** بوفاة المدّعي، وأنّ المحكمةَ قد جانبت الصّواب حينما اعْتبرت الخصومة في حالة **انْقطاع** ممّا يتعين نقْض القرار مع تمديد النّقْض إلى الحكْم المستأنَف وبدون

إحالة، وإعادة الأوضاع إلى الحالة التي كانت عليها قبل رفع دعوى الطلاق لأن قرار المحكمة العليا بما فصلَ فيه من نقاطٍ قانونيةٍ لمْ يتركْ من النّزاع ما يتطلب الحكم فيه".

➔ وأَكّدَ ذلكَ = قرَارُ المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2013/04/11 فَصلاً في الطّعن رَقم 0740083 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2013، الصّفْحَة 280) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يُعدّ الطّلاقُ من الحقوق الشّخْصيّة اللّصيقة بشَخْص الزّوْج. تنْقضي خصومة الطّلاق بوفاة أحد الزّوْجين}.



الْفَصْلُ الأَوَّلُ - الطَّلاَق

Du divorce

الْمَادّة 48 : (عُدِّلَتْ بالأَمْر رَقْم 05-02 المؤرّخ في 27 فبْرَايِر 2005)

مَعَ مُرَاعَاةِ أَحْكَامِ الْمَادّةِ 49 أَدْنَاه، يُحَلُّ عَقْدُ الزّوَاج بِالطّلاقِ الّذِي يَتمُّ بِإرَادَة الزَّوْج أَوْ بتَرَاضِي الزَّوْجَيْن أَوْ بطَلَبٍ مِنَ الزَّوْجَةِ في حُدُودِ مَا وَرَدَ في المادّتيْن 53 (و) 54 من هذا القَانُون.

➔ وَقَدْ كَانَتْ هذه المادة مُحَرّرَةً في ظلِّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤرّخ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{الطلاقُ حلّ عقد الزواج، ويتمُّ بإرادة الزوج أَوْ بتراضي الزوجين أَوْ بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 (و) 54 من هذا القانون}.

◄ الطّلاقُ لغةً هو رفْعُ القيْد، والتسْريحُ، وحلُّ ما هو معْقود، واصْطلاحًا يُعرِّفُهُ فقهاءُ الشّريعَة الإسْلاميّة بأنّه : "حَلُّ عَقْدِ النِّكَاحِ بِلَفْظِ الطَّلاَقِ وَنَحْوِهِ"، أو "هُوَ رَفْعُ قَيْدِ النِّكَاحِ فِي الْحَال أَوِ الْمَآل بِلَفْظٍ مَخْصُوصٍ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَه".

❖ الطلاقُ يَضَعُ حدًّا للعلاقة الزوجية ولكنه لا يَهدِمُ ما ترَتب عنها من آثار سابقة، بخلافِ البطلانِ أو الإبطالِ (تراجَع الْمَادّة 32 قبله).

❖ الطلاقُ تصرّفٌ مشرُوعٌ ومُباحٌ من حيثُ الْمَبْدَأ لقوله تعالى : (وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلاَقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ) (سورة البقرة 227)، ولقوله تعالى : (الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) (سورة البقرة 229)، ولقوله تعالى : (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ، لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ

وَلا يَخْرُجْنَ إلا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ، وَتِلْكَ حُدُودُ اللهِ، وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ، لا تَدْرِي لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا) (سورة الطّلاق 1)، وللحديث الذي أخرجه أبو داوود وهو قول الرّسول صلّى اللّهُ عليْهِ وسلّمَ : {مَا أَحَلَّ اللّهُ شَيْئًا أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنَ الطّلاقِ}.

❖ الطّلاقُ = يُعرِّفُهُ فُقَهاءُ المَالِكيّة عمومًا بأنه : «صِفَةٌ حُكْميّةٌ تَرْفَعُ حِليّةَ مُتْعَةِ الزّوْجِ بِزَوْجَتِهِ»، وتسمحُ الشّريعةُ الإسْلاميّةُ للزّوْج بأنْ يُطلّقَ زوْجَتَهُ ثلاثَ مرّاتٍ لقوله تعالى : (الطّلاقُ مرّتان فإمْسَاك بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) (سورة البقرة 229)، فإن طلّقَ الرّجلُ امرأَتَهُ ثلاثَ طلْقَاتٍ في مجلسٍ واحدٍ فهو طلاقٌ بدعيّ وتختلفُ الفتوى حوله، وأما طَلاقُ السّنَّةِ فهو أنْ يُطلّقَ الرّجلُ زوْجتَه طلْقَةً واحدَةً وهيَ فِي طُهْرٍ لَمْ يَمَسَّهَا فِيهِ لقوْله تعالى : (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ) (سورة الطّلاق 1).

والطّلاقَ حَقٌّ للزّوْجِ خَاصَّةً، لقَوْلِ النَّبيِّ صلى الله عليْه وسلّم : {إِنَّمَا الطَّلاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ}، ثُمَّ يُسْتَحْسَنُ ألاّ يُسْأَلَ الرَّجُلُ الْمُطَلِّقُ عَنْ سَبَبِ الطَّلاقِ وَذَلِكَ لأَسْبَابٍ مِنْهَا حِفْظُ أَسْرَارِ الأُسْرَةِ وحِفْظُ كَرَامَةِ الزَّوْجَةِ وَسُمْعَتِهَا.

◄ إذا كانَ إنهاءُ العلاقة الزّوْجية بإرادة الزّوْج المنْفردة فهو طلاقٌ ويُثْبَتُ بحُكمٍ، وأمّا إنْ كان إنهاءُ العلاقة الزّوْجية بحكْم القاضي بناء على طلب أحد الزّوجين فهو ما يعرف اصطلاحا بالتّفْريق بين الزّوْجين، ومحاولة الصُّلْح إجبارية في كلّ الأحْوال وتفيد في حالة كوْن الطّلاق رجعيا، فإنْ كان الطّلاقُ بائنًا أضْحت محاولة الصُّلْح سبيلا لمعرفة حقيقة مواقف الطّرفيْن وما يترتب على ذلك من آثار.

❖ طَلاقُ السُّنَّةِ (بخلاف طلاق البدعة) = جاء في كتاب المُدَوَّنَة لمالك بن آنس بن مالك : (طَلاقُ السُّنَّةِ أَنْ يُطَلِّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً

وَاحِدَةً، طَاهِرًا مِنْ غَيْرِ جِمَاعٍ، ثُمَّ يَتْرُكَهَا حَتَّى يَمْضِيَ لَهَا ثَلاثَةُ قُرُوءٍ وَلا يُتْبِعُهَا فِي ذَلِكَ طَلاقًا، فَإِذَا دَخَلَتْ فِي الدَّمِ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ فَقَدْ حَلَّتْ لِلأَزْوَاجِ وَبَانَتْ مِنْ زَوْجِهَا الَّذِي طَلَّقَهَا).

➜ الْمَرْأَةُ الْقَاضِيَةُ تَفْصِلُ فِي دَعْوَى الطَّلاقِ = قَرَار الْمَحْكَمَة الْعُلْيَا الصَّادر عَنْ غُرفَة الأَحْوَال الشَّخْصيَّة بتَاريخ 1984/06/25 فَصلاً فِي الطَّعن رَقم 33397 (مَنشُور بالمَجلَّة القَضَائية، الْعَدَد 3/1989، الصَّفْحَة 41) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : متى كان الثابت قانونًا وقضاءً أنّه لا يوجد في النّصوص التّنظيمية أو الوضعيّة ما يمْنَعُ المرأةَ من اعتلاء سدّة القضاء، ولذلك فإن الفصلَ في دعوى الطلاق من المحكمة التي ترأست جلستها قاضية، ومن المجلس الذي كانت من ضمن تشكيله قاضية، يعدّ صحيحًا ومطابقًا للقانون، ولما جرى به العمل القضائي المستقرّ لحدّ الآن}.

◄ العِصْمَةُ بيَدِ الزَّوْج = قَرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصَّادِر عَنْ غُرفَة شُؤُون الأسْرَة بتَاريخ 1984/12/31 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 35346 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا فِي عَدَدهَا رَقم 2/1990 الصّفحَة 86 وَقد جَاءَ فيه ما خلاصتُه : {من المقرّر شرعًا أنّ للزّوج حقّ الطّلاق منْ جانبه وَحْدَهُ عملاً بالقاعدة الشّرْعية "العِصْمَةُ بيد الزّوْج"، ومنْ ثمّ فإنّ القضاء بإبْقاء روابط العلاقة الزّوْجيّة قائمةً بيْن الزّوْجين حتّى بعْد إبْداء الزّوْج لإرادته في الطّلاق يُعدّ خرْقاً صريحاً لهذه القاعدة}.

◄ **الطّلاقُ بالتّرَاضِي :**

لَمْ يتَعَرّضْ هذا الفصلُ الخَاصّ بالطّلاق في قانُون الأسْرَة إلى أحكام الطّلاق بالتراضي، فيتعيّنُ الرّجوعُ إلى أحْكام هذا النّوْع من الطّلاق في قَانُون الإجْرَاءَات الْمَدَنِيّة وَالإدَارِيّة (المواد 427 وما بعدها منه) وهي مذْكورةٌ أدناهُ في نهاية هذا الباب من الكتاب.

← الطّلاقُ بالتراضي لَهُ أحْكامُه = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخصيّة بتَاريخ 2011/12/08 فَصلاً في الطّعن رَقم 676898 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/2012، الصّفحَة 321) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : للطّلاق بالتّراضي أحْكامٌ خاصّة يجبُ مراعاتُها من طرف القاضي. يجب عليه التأكدُ من قبول العريضة المشتركة، وبعد ذلك الاستماعُ إلى الزّوْجين على انْفراد، ثُمَّ مجتمعيْن، ويتأكّدُ من رضائهما، ويحاولُ الصُّلحَ بينْهما إنْ كان ذلك ممْكنًا}. وفي قَضيّة الحَال تبيّن أنّ الطاعنة لم تَحْضُرْ جلْسة محاولة الصُّلح حسبَما جاء في الحكم وهو ما أدّى إلى النّقْض (دون إحالة) اعتمادا على نصّ الموادّ 428 وما بعدها من قَانُون الإجْرَاءَات المَدنِيّة وَالإداريّة (وهي الأحْكام المذكورة في نهاية هذا الباب، بعد المَادّة 80).

← الطّلاقُ بالتّراضِي غيرُ قابلٍ للاسْتِئْنَافِ حتّى في جوانبه الماديّة = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2012/06/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 692661 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2012، الصّفْحَة 265) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : حكْمُ الطّلاق بالتّراضي غيرُ قابل للاسْتئناف حتّى في جوانبه الماديّة. يُطْعنُ بالنّقْض في حكم الطّلاق بالتّراضي}. وممّا جاء في حيْثيّات القرار : " لكنْ حيْث أنّ المَادّة 433 من قَانُون الإجْرَاءَات المَدَنِيّة وَالإدَاريّة تنصّ صراحة على أنّ : "أحْكام الطّلاق بالتّراضي غيْر قابلة للاسْتئناف" ممّا يعْني أنّ جميعَ مقْتضيات تلك الأحْكام غير قابلة للاسْتئناف بما فيها تلك الفاصلة في الجوانب المادية، وتبْقى خاضعةً فقطْ للطّعْن بالنّقْض". وأكّدت المحْكمَة العُليَا ذلك في قرارها الصّادر عن غُرفَة شُؤون الأُسْرَة والمَواريث بتَاريخ 2013/06/13 فصلاً في الطّعن رَقم 0813942 (منشُور بالمَجلّة القَضائية، العدد 1/2014، الصّفْحَة 309). وهو تأْكيد لقضاءٍ سابقٍ

للمَحكَمَة العُليا ورد في قرارها الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث بتاريخ 1994/04/19 فصلاً في الطعن رقم 103637 (مجلة المحكمة العليا - عدد خاص باجتهاد غرفة الأحوال الشخصية - 2001 الصفحة 94 وقد جاء فيه ما خلاصته : {من المقرر أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعًا قائمًا أو يتوقيان به نزاعًا محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه. ومن المقرر أيضا أنه : (ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفةٍ نهائية).

ومتى تبيّنَ في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قبلوا استئناف الحكم القاضي بالصلح المقام بين الطرفين والذي شهدت عليه المحكمة أخطأوا في تطبيق القانون، لأن الاستئناف لا يُرفعُ إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدًا للنزاع، وأنّ دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحّة وسلامة هذا الصلح، لأنّ الصلح عقد ينهي به الأطرافُ نزاعًا قائمًا، طبقًا لأحكام المادتين 459-462 من القانون المدني}.

➔ حُكمُ الطلاق بالتراضي مُجرّدُ إشهاد (اجتهاد هامّ) = قرار المَحكَمَة العُليَا الصادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأسرَة بتاريخ 2000/05/23 فَصلاً في الطعن رقم 243943 (مجلة المحكمة العليا، عدد خاص باجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، 2001، الصفحة 112) وقد جاء فيه ما خلاصته : {من المقرّر قانونًا أنّ الطلاقَ بالتراضي هو مجرّدُ إشهادٍ من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يُوصَفُ بالابتدائيّة أو النهائية، ولا يَحِقُّ لأيٍّ من الزوجين الطعنُ فيه إلاّ عن طريقِ دعوى التزوير، ممّا يستوجبُ عدم قبول الطعن شكلا}.

➔ القاضي قد يُعدّلُ شُرُوطَ الطلاق بالتراضي = قرار المحكَمَة العُليَا الصادر عن غُرفَة شُؤون الأُسرَة والمواريث بتاريخ

2013/06/13 فـصلاً ـِـفْ الطّعــن رَقــم 0813942 (منـشُور بالمَجلّــة القَضَائية، العَدَد 1/2014، الصّفْحَة 309) وَقَد جَاءَ فيـه : {الْمَبْدَأ : نفقـةُ الطفل المكفُول يتحملُهـا، بعـد الطـلاق، الـشخصُ الكافلُ المذكورُ ـِـفْ عقد الكفالة وليس الزوجُ المطلق.

لا تأخـذُ المحكمـةُ بالاتفـاق الحاصـل بـين الطـرفين علـى إسناد كفالة المكفول للمطلقة وإنفاق المطلق عليه} ، وجاء ـِـفْ حيثيات القرار :

" حيـث أن الْمَادّة 431 مـن قَـانُون الإجْرَاءَات الْمَدَنِيّـة وَالإدَارِيّة تنص على أنه يتأكد القاضي ـِـفْ التاريخ المحدد للحضور، من قبـول العريضة، ويستمع إلى الـزوجين علـى انفراد ثُمَّ مجتمعـين، ويتأكـد من رضائهما، ويحاول الصُّلْح بينهما إذا كان ذلك ممكنا.

وـِـفْ الفقـرة الثانيـة مـن نفـس الْمَـادّة تـنص علـى أن ينظـر مـع الزوجين أو وكلائهما ـِـفْ الاتفاق، وله أن يلغي أو يعدل ـِـفْ شـروطه، إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام".

← دَعْـوَى الإهْمَـالِ العَـائلِيّ لا تُوقِـفُ دعْـوَى الطّـلاق = قـرَار المَحكَمَـة العُليَـا الـصّادر عَـنْ غرفَـة الأَحـوَال الشّخْـصيّة بتَـاريخ 2013/09/12 فَـصلاً ـِـفْ الطّعـن رَقـم 0857934 (مَنـشُور بالمَجلّـة القَضَائية، الْعَدَد 2/2013، الصّفْحَة 297) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا وجود لنصّ قانوني يلزم القاضي بإرجاء الفصل ـِـفْ دعوى الطّـلاق إلى حين الفصل النّهائي ـِـفْ الدعوى الجزائية. دعوى الطّلاق غير مُرتبطة بالدعوَى الجزائية "إهمال عائلي". لا مَجال لتطبيق الْمَبْدَأ القـانوني : الجزائي يُوقف المدني على ما هو عليه}.

← قـرار المحكَمَـة العُليَـا الـصّادر عـن غُرفَـة شُـؤُون الأُسْـرَة والمَوَاريـث بتَاريخ 2013/07/11 فصلاً ـِـفْ الطّعن رَقم 0900166 (منشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2014، الصّفْحَة 314) وَقَد جَاءَ فيه :

{الْمَبْدَأ : يَخضعُ الطلاقُ بالتّراضي لشروطٍ وإجراءاتٍ مقررةٍ قانونا.

لا تُعدّ مُوافقةُ الزّوجةِ في جلسةِ الصُّلْح على تمسّكِ الزّوج بالطّلاق، طلاقًا بالتّراضي.

موافقةُ الزوجة لا تُعفي المحكمةَ من التطرّق لدعوَى الطّلاق بالإرادة المنفردة}.

► أنْوَاعُ أُخْرَى من الطّلاق :

❖ لمْ يتطرّقْ قانُونُ الأُسْرَة لأنواعَ أخْرى من الطّلاق تناولَها فقهاءُ الشّريعَة الإسْلاميّة وأهمُّها :

- تَوْكِيلُ الغير في الطّلاق،

-وَتَخْييرُ أوَ تَمْلِيكُ الزّوجة حقَّ توقيع الطّلاق، (وقد نصّت عليه مُدَوَّنَة الأُسْرَة المغربية في الْمَادّة 89 منها).

- **والإيلاءُ**، وهو لغة الحَلَفُ على الفعل أو عدم الفعل، واصطلاحًا هو أنْ يَحلِفَ الزّوجُ على ترك معاشرة زوجته بيمينٍ لمدة تزيد عن أربعة أشهر، المذكور في قوله تعالى : (لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ) (سورة البقرة 226 و227)، وحُكمُه إذا لمْ يَرجعْ الزوجُ عن يمينه إلى غاية انقضاء أجل الأربعة أشهرٍ فإنّ للزوجة أن ترفع أمرها إلى القضاء فيُؤمَرُ الزوجُ بالفَيْءِ (أي بالرجوع) أو الطّلاق أو تُطلّقُ عنه.

وأَما في حالة أنْ يَمتنع الزوْج عن معاشرة زوجته دون حَلَفٍ فذلك يَفتَحُ بابَ الضّرر الذي يَسمحُ بطلب التطليق.

- **والظّهارُ**، وهو أنْ يُشَبِّهَ الزّوْجُ زوجَتَه بأُمّه أو بمَن هي محرّمَةٌ عليه، ويَمتنعَ عن وطئها فيَدَعُهَا كَالمعلَّقَة لا هي بالمتزوّجة ولا

بالمطلقة، إلى أن نزل قوله تبارك وتعالى في سورة المجادلة : (الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُمْ مِن نِّسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ، إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا، وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ (2) وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا، ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ (3) فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا، فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا، ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ، وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ، وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ) (سورة المجادلة 2 - 4)، وهو مُحرّم ولا يُعتبر طلاقًا، ويترتّب عليه حُرمَةُ مُعاشَرَة الزوجة حتى يُكفّر، فإن لم يفعل كان للزوجة أن ترفعَ أمرَها إلى القضاء فيُلزمُه بأنْ يُكفّر أو يُطلّق أوْ يُطلّقَ عليه القاضي.

- الطّلاقُ في مَرَضِ الموْت :

➜ الطّلاقُ في مرض الموْت (طلاق الفرار) : انظر المادّة 132 بعده في باب الميراث.

❖ الطّلاقُ في مَرَض الموْت صَحيحٌ وَلَكن .. = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة وَالموَاريث بتَاريخ 1998/03/17 فَصْلاً في الطّعْن رَقم 179696 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا - عَدَد خَاصٍّ باجْتهادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصيّة - 2001 الصّفْحَة 98 وقد جاء فيه ما خلاصته : {إنّ المرضَ مهما كانت خُطُورَتُه لا يَمْنع الزّوْجَ من إيقاع الطّلاقِ ما عدا إذا كانَ القصْدُ من الطّلاق في مرضِ الموْت حرْمانُ الزّوْجة من الميراث. ومن ثمّ فإنّ قضاة الموْضوع بقضائهم بطلاق الطّاعنة طبّقوا صحيح القانون}، وجاء في صلْب القرار أنّ : "حقّ المطلّقة في الميراث ثابت شرْعًا إذا طُلّقَتْ في مَرَضِ الموْت لأنّه لا يُوجد أيّ تلازم بيْن العدّة والحقّ في الميراث حتّى ولوْ وقعت الوفاة بعْد مدّة

طويلة من انقضاء عدّتها لاحتمال أنّ طلاقه لها كان بنيّة حرمانها من الميراث عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود".

➜ سُكوتُ الزّوْجَة على تنازُل الزّوْج عنْ طلَب فكّ الرّابطة الزّوْجية لا يَعنِي رَفْضَ التّنازُل ضِمْنيّا = قرار المَحكَمَة العُلْيا الصّادر عنْ غرفة شؤون الأسْرَة والمواريث بتاريخ 2012/09/13 فصلاً في الطّعن رَقم 794593 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عددها رَقم 2/2014 الصّفحة 264 وقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : لا يُفسّر عدمُ جواب الزّوجة على تنازُل الزّوج عن طلب فكّ الرّابطة الزّوجية بكونه رفضًا ضمنيا للتنازل من طرفِ الزوجة نفسِها المطالِبة أصلا بالرجوعِ إلى مسكنِ الزّوجية}، وجاء في حيثيات قرار المحكمة العليا أن الزوجَ بعد تمسُّكه خلال محاولة الصُّلْح بالطّلاق فإنّ محاميه قدّم بعد ذلك مذكّرةَ تنازلٍ عن الخصومة دون قيْدٍ أو شرْطٍ غيْر أنّ المحْكمةَ اعْتبرتْ في حكْمها أنّ الطّاعنة بُلّغتْ بمذكّرة التنازل ولكنّها لم تردْ عليها واعتبرت المحكمةُ عدم الردّ رفْضًا ضمنيا لها وهو ما لمْ توافقْ عليه المحكمة العليا خصوصًا وأنّ الطاعنةَ كانت تُطالبُ أصْلاً بالرّجوع إلى مسْكن الزّوْجية.

◀ هناكَ أحْكام عَمَلية تتعلقُ ببعض حالاتٍ قد تعتري الطلاقَ لم يتطرقْ إليها قانُونُ الأُسْرَة مثل طلاق السّكران، والحلف بالطّلاق، والطّلاق الثلاث في لفْظ واحد، وهو ما تعرّضت إليه مُدَوّنَة الأُسْرَة المغْربية في موادها التالية :

المَادّة 90 : لا يُقبَل طَلَبُ الإذْن بطلاق السّكران الطّافح والمكْره وكذا الغضْبان إذا كان مطْبقًا.

المَادّة 91 : الحَلَفُ باليمينِ أو الحَرامِ لا يَقَعُ به طلاق.

الْمَادّة 92 : الطّلاقُ المقْترنُ بعددٍ لفظًا أوْ إشارةً أوْ كتابةً لا يقع إلاّ واحدًا.

الْمَادّة 93 : الطّلاقُ المعلّقُ على فِعْل شَيْء أوْ تَرْكه لا يقع.

الْمَادّة 49 : (عُدِّلَتْ بالأمْر رَقْم 02-05 المؤرَّخ في 27 فبْرَاير 2005)

لا يُثْبَتُ الطّلاقُ إلاّ بحُكْمٍ بَعْدَ عِدَّة مُحَاوَلاَتِ صُلْحٍ يُجْرِيهَا القَاضِي دُونَ أَنْ تَتَجَاوَزَ مُدَّتُهُ ثَلاَثَةَ (3) أَشْهُرٍ اِبْتِدَاءً مِنْ تَارِيخِ رَفْعِ الدَّعْوَى.

يَتَعَيَّنُ عَلَى القَاضِي تَحْرِيرُ مَحْضَرٍ يُبَيِّنُ مَسَاعِي وَنَتَائِجَ مُحَاوَلاتِ الصُّلْح، يُوَقِّعُهُ مَعَ كَاتِبِ الضَّبْطِ وَالطَّرَفَيْن.

تُسَجَّلُ أَحْكَامُ الطّلاَقِ وُجُوبًا في الحَالَةِ المدَنيّةِ بسَعْيٍ مِنَ النِّيَابَة العَامّة.

← وَقَدْ كَانَتْ الْمَادّة 49 مُحَرّرَةً في ظلّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤرّخ في 9 يُونْيو 1984 كمَا يَلِي :

{لا يُثبتُ الطلاقُ إلا بحُكمٍ بعد محاولة الصُّلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر} .

← كيفيات إجراء الصُّلح نصت عليها أحكام المواد 439 وما بعدها من قَانُون الإجْرَاءَات المَدَنِيّة وَالإدَاريّة (المذكورة أدناه).

← مُحَاوَلَةُ الصُّلح تكُونُ معَ الزّوْجَيْن شَخْصيًّا = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2008/01/16 فَصلاً في الطّعن رَقم 417622 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2009، الصّفْحَة 302) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا تجوز النيابة عن الزّوجيْن في محاولة الصُّلح}.



❖ أحكامُ الشّريعَة الإسْلاميّة تجيزُ الإنابةَ في الطلاق وفقًا للقواعد العامة للإنابةِ والتوكيلِ والتفويضِ والتخيير، بخلافِ ما ذهب إليه اجتهادُ المَحكَمَة العُليَا.

➜ إلْزاميّةُ إجْراءِ مُحاولَة الصُّلْح، والاخْتصَاصُ يَعُودُ لقَاضي الدّرَجَة الأولَى = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1989/12/25 فَصلاً في الطّعن رَقم 57812 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 3/1991، الصّفْحَة 71) وقَد جاءَ فيه :

{فيما يتعلقُ بالأسباب الثلاثة مجتمعةً الرّامية إلى هدفٍ واحدٍ :

تنص المَادّة 49 من قَانُون الأُسْرَة على أنه لا يثبتُ الطلاقُ إلا بحكمٍ بعد محاولةِ الصُّلْح من طرفِ القاضي، وتنصُّ المَادّة 55 من نفس القانون على أنه عند نشوز أحد الزوجين يَحكُمُ القاضي بالطلاق، وتنص المَادّة 56 بعدَها على أنه إذا اشتد الخصامُ بين الزوجين وعَجَزَت الزوجة عن إثبات الضرر وَجَبَ تَعيين حَكَمَيْن للتوفيق بينهما.

وعليه بعد صدور قَانُون الأُسْرَة أصبح القاضي مُلزَمٌ بإجْراء مُحاولة الصُّلْح بين الزوجين، وكل حكم صدر بدونها وقضى بالطلاق أو التطليق يكون غير قانوني حسب المَادّة 49 المذكورة، ويُفهم من المَادّة 56 أن القاضي وحدَه هو الذي يَحكم بالطّلاق بعد محاولة الصُّلْح التي إنْ أفلحَ بقيتْ علاقة الزّوْجين كما كانتْ سابقًا، إلا إذا اثبت الزوجُ أنه طلق زوجتَه قبل أنْ يُعرَضَ أمرُهُمَا على القاضي أو أثناءَه، وإنْ فَشِلَ فإنْ كانَ الزوجُ هو الذى طَلَبَ الطلاقَ فليس على القاضي سوَى الحكمَ لهُ به، وإنْ كانت الزوجة هي التي طلبت التطليق فإنْ أتتْ بسببٍ شرعي يُخَوّل لها ذلك وأثبتته بالطرق الشرعية حَكَمَ القاضي بتطليقها ولو عارض زوجها فيه، وإن تعذر عليها إثباتُ الضرر واشتدّ الخصامُ بينها وبين زوجها عيّن

القاضي حَكَمَيْن أحدُهما من أهلها والآخرُ من أهل زوجها وذلك للتوفيق بينهما، وما اقترحاه أو قرّراه حَكَمَ القاضي به طبقًا للآية الكريمة وما جاء في أقوال الفقهاء وفي المَادّة 56 أعلاه المأخوذين من الآية. يقول ابن عاصم :

وَإِنْ ثُبُوتُ ضَرَرٍ تَعَذَّرَا ❖ لِزَوْجَةٍ وَرَفْعُهَا تَكَرَّرَا

فَالْحَكَمَانِ بَعْدُ يُبْعَثَانِ ❖ بَيْنَهُمَا بِمُقْتَضَى الْقُرْآنِ

ولا كلام لهما فيما توصل إليه الحكمان من حلّ.

وعليه فإذا كانَ الزوجُ هو الذي طلبَ الطلاقَ فطلبُه يحتج على القاضي الحكم له به ولا يجوز للزوجة أن تستأنفه، وإذا كانت الزوجة هي التي طلبت التطليقَ وقدمت للقاضي السببَ الذي تدعم به طلبَها وأثبتته وكان من الأسباب الشرعية حكم القاضي بتطليقها وحكمُه لا يقبلُ الاستئناف، فإن لم تثبت الضررَ وعجزت عنه وبقيت مُصرَّة على التطليق عيّن القاضي الحكمين، فإن اقترحَا التفريقَ بين الزوجين سواء بخلعٍ أو بغيرِ خلعٍ حَكَمَ القاضي بنتيجة اقتراحهما وحكمُه لا يقبل الاستئناف حتى إذا كان الحكم بالرجوع.

وقضاة القرار المطعون فيه حينما خوّلوا لأنفسهم الحكمَ في شيء هو من اختصاص القاضي وحده فإنهم حادوا عن المواد أعلاه وعرّضوا بذلك قرارَهم للنقض دون إحالة}.

← الْزَامِيَةُ إجْرَاء مُحَاوَلَة الصُّلْح = قَرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصَّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1991/06/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 75141 (منشُور بالمجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/1993، الصّفْحَة 63) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : منَ الْمُقرّر قَانُونًا أنه لا يثبت الطّلاقُ إلا بحكم بعد محاولة الصّلْح من طرف القاضي، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا

الْمَبْدَأ يُعَدّ خطأً في تَطبيقِ القَانُون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ قضاةَ المَوْضُوع الذين قضوا بالطلاقِ بين الزّوجين دونَ القيام بإجراءِ محاولةِ الصلْح يكونوا قد أخطأوا في تَطبيق القَانُون}.

➜ وُجُوبُ حُضُور الزّوْج طَالِبِ الطّلاقِ جَلْسَةَ الصلْح = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/01/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 474956 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2009، الصّفْحَة 271) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يجب على الزّوج طالب فكّ الرّابطة الزّوْجية حضورَ جلْسة الصلْح شخْصيّا تحْتَ طائلة رفْض دَعْواه}، غير أنّ مثل هذا الاجتهاد الذي يربطُ الفصلَ في دعوى الطلاق على حُضور الزوج شخصيًّا لمحاولة الصلْح هو اجتهادٌ مخالفٌ لأحكام الشّريعَة الإسْلاميّة، من جهة أولى لأن العصمةَ الزوجية بيد الزوج سواء وقعتْ محاولة الصلْح أو لمْ تقعْ، ومخالفٌ من جهة ثانية لمصلحة الزوجة لأنهُ يترُكها كالمعلّقة، والصّوابُ أنْ يُفسّر امتناع طالب الطلاق عن الحضور حسب ظروفِ كلّ قضية، ولا مانع من الحكم بالطلاق مع تظليمه وتحميله التعويض اللازم.

➜ وُجُوبُ الْحُضُور الشّخْصِي لجَلْسَةِ الصلْح لطَالِبِ الطّلاق = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2013/05/09 فَصلاً في الطّعن رَقم 0798882 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2013، الصّفْحَة 286) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : استقرَّ اجتهادُ غرفة شؤون الأُسْرَة والمواريث بالمحكمة العليا على وجوب حضور **طالب فكّ الرّابطة الزّوجية** شخصيا جلساتِ محاولةِ الصلْح}، وفي قَضِيّة الْحَال صدر الحكمُ بالطلاق مع تظليم المطلق وأشار الحكم إلى عدم حضوره جلسة الصلْح، وقد قضت المحكمة العليا بنقض الحكم وجاء في حيثيات القرار :

" حيث أن اجتهاد غرفة شؤون الأُسْرَة والمواريث بالمحكمة العليا قد استقرّ على وجوب حضور طالب فكّ الرّابطة الزوجية لجلسات محاولة الصُّلْح، وإلاّ أصبح الوجوب المنصوص عليه في الْمَادّة 49 من قانون الأُسْرَة، بدون جدوَى، وعليه فإن هذا الوجهَ مؤسّسٌ وينجرّ عنه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشة الوجه الثاني.

وحيث أنه ما دام أنّ المطعون ضده لم يحضر جلستيْ محاولة الصُّلْح، وبالتالي لم يبقَ من النزاع ما يتطلبُ الفصل فيه، ما يتعيّن معه أن يكون نقض الحكم بدون إحالة."

← الْعِبْرَةُ بحُضُور طَالِب الطَّلاَق جلْسَةَ مُحَاوَلَة الصُّلْح = وهو ما أكدته المحكمةُ العليا في قرَارها الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2013/09/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 0857934 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2013، الصّفْحَة 297) وممّا جَاءَ فيه : {لكن حيث إنه يتبينُ بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، أن المحكمةَ قامت بإجراء محاولة الصُّلْح وحضر المطعون ضده لذلك وتمسك بالطلاق، والعبرْة في احْترام نصّ الْمَادّة 439 وما يليها من قَانُون الإجْرَاءَات الْمَدَنيّة وَالإدَاريّة، وهي بحُضُور طَالب الطّلاق -أيْ المطْعون ضدّه-لجلْسة محاولة الصُّلْح، وهذا ما قامت به المحكمة وتأكدت من تمسكه بالطلاق، وبالتالي فهي غير ملزمة بإجراء عدة محاولات صلح، مادامت قد حددت جلستين لذلك وتغيبت الطاعنة. وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه}.

← وأَكّدَت المحْكَمَةُ العُلْيَا ذلك (يكفي حضور طالب الطلاق) في قرَارها الصّادر عن غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة والموَاريث بتَاريخ 2012/06/14 فصلاً في الطّعن رَقم 751790 (منشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2014، الصّفْحَة 251) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يجب حضور

الطرفين (الزوج والزوجة) شخصيا، جلسة الصُّلْح. القاضي غير ملزم بإصدار إنابة قضائية دولية في حالة حضور طالب الطلاق جلسة الصُّلْح وتغيب الطّرف الآخر المقيم خارج الإقليم الجزائري}.

➔ كمَا أَكّدَتْ ذلك (يَكْفي حضور طالب الطلاق) في قرَارها الصّادر عن غُرفَة شُؤون الأُسْرَة والمَوَاريث بتَاريخ 2014/04/10 فصلاً في الطّعن رَقم 0901209 (منشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2014، الصّفْحَة 273) وَقَد جَاءَ فيه : {لكن حيث إنه يتبيّن بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة سعت لإجراء محاولتي صلح بين الطاعن وبين المطعون ضدها، وتمسكت هذه الأخيرة بفك الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين الطاعن عن طريق الخلع، بينما تغيب هذا الأخير، وبذلك تكون المحكمة قد طبقت نص الْمَادّة 49 من قانون الأُسْرَة وسايرت اجتهاد غرفة شؤون الأُسْرَة والمواريث بالمحكمة العليا التي استقر اجتهادُها على أن حضور طالب فكّ الرّابطة الزّوْجية لجلْسة محاولة الصُّلح كَافٍ لاحترام نص الْمَادّة 49 من قانون الأُسْرَة}.

➔ مُحَاوَلَةُ الصُّلح في دَعْوَى الخُلْع أيْضاً = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/01/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 477546 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2009، الصّفْحَة 279) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : القضاءُ بالتطليقِ خلعًا دون إجراء محاولات الصُّلح بين طرفي النّزاع مخالفٌ لأحكام الْمَادّة 49 من قَانُون الأُسْرَة}.

◄ ونرى أنّ هذا الاجْتهادَ الذي يَشْترطُ حضورَ طالب الطّلاق شخْصيا **دون أيّ استثناء** مخالفٌ للقانون، وذلك من جهةٍ أولى لأنّ الْمَادّة 441 من قَانُون الإجْرَاءَات الْمَدَنِيّة وَالإدَاريّة تنصّ على أنّه : {إذا استْحال على أحد الزّوْجين الحضور في التاريخ المحدّد أوْ حدث له مانع، جاز للْقاضي إمّا تحْديدُ تاريخ لاحق للجلْسة، أوْ ندبُ قاضٍ

آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية. غيْرَ أنّهُ إذا تخلّفَ أحدُ الزّوْجين عن حُضُور الْجَلْسَة المحدّدة للصلْح بدُون عُذْر رغْمَ تبْليغهِ شخْصيًا، يُحَرِّرُ القَاضِي مَحْضَرًا بذلك} ، وأيضًا الفقرة الأخيرة من الْمَادّة 443 التي تنص على أنه : {.../... فِي حالة عدم الصلْح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يُشرَعُ فِي مناقشة مَوْضُوع الدعوَى} ، فلم ينص القانون على عدم قبول الدعوَى. كما أنه مِن جهة أخرى مخالفٌ للحكم الشرعي والقانوني وهو أن العصمةَ الزوجيةَ بيَد الزوج، إضافة إلى أن نتيجته وهي رفض الطلاق ليست فِي صالح الطرفين معًا وخُصوصًا الزوجة التي تبقى معلّقة.

➔ مُحاولَةُ الصُّلْح تَتمُّ أمَامَ المحكَمة وليْسَ أمَام المجلس = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/11/15 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 372130 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2007، الصّفْحَة 463) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : محاولة الصُّلْح فِي دعوى الطلاق تتم وجوبًا **أمامَ المحكمة فقط** (وليسَ أمام المجلس)} ، وجاء فِي حيثيات قرار المحكمة العليا أن «الْمَادّة 49 من قَانُون الأُسْرَة ملزِمة لقاضي أوّل درجة دون قضاة الاستئناف، فإنّ ما ذهب إليْه قضاة المجلس فِي قرارهم كان يتمَاشَى والقانون».

❖ وأكدت المحكمةُ العليا ذلك فِي قرَارها الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤون الأُسْرَة وَالموَاريث بتَاريخ 1999/02/16 فَصْلاً فِي الطَّعْن رَقم 216850 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 100) وَقَد جَاءَ فِي حيثياته ردًا عن الوجه الثالث الذي تمسكت به الطاعنة : {لكن حيثُ أنّ المادّة 49 منْ قانون الأُسْرَة لا تنْطبق على مستْوَى المجْلس بلْ على مسْتوى المحاكم فقط، إضافةً إلى أنّ محاولة الصّلح لا تعتبر شكلا جوْهريا للحكْم بالطّلاق إنّما محاولة الصّلح المذْكورة بالْمادّة 49 من قانون الأُسْرَة ما هي إلاّ موْعظة، مما يجعلُ الوجْهَ غيْر مؤسّس}.

← يَكفِي القِيامُ بمُحَاوَلَة صُلْحٍ واحِدَة = قرار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2011/04/14 فصلاً في الطّعن رَقم 620084 (مَنشُور بالمَجلّة القضائية، العَدد 1/2012، الصّفْحَة 299) وَقد جَاءَ فيه : "الإجراء المقرر في المَادّة 49 من قانون الأُسْرَة تم استنفادُه ولا يعيبُ الحكمَ اكتفاؤه بجلسة صلحٍ واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلحٍ أخرى".

← تَقْدِيرُ القَاضِي لعَدَدِ مَرّاتِ مُحَاوَلَةِ الصُّلْح = قرار المحكَمَة العُلْيَا الصّادر عن غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة والمَوَاريث بتاريخ 2014/03/13 فصلاً في الطّعن رَقم 0870291 (منشُور بالمَجلّة القضائية، العَدَد 2/2014، الصّفْحَة 268) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : استقرّ اجْتهاد غرفة شؤون الأُسْرَة والمواريث بالمحكمة العليا على خضوع عدد محاولات الصُّلْح للسّلطة التّقْديرية لقاضي المَوْضُوع ولا رقابة للمحْكمة العليا عليْه}.

← يُسْتحْسَنُ عنْد محاولة الصُّلْح عدم التّرْكيز على أسْباب الطّلاق إنْ كان من جانب الزّوْج وذلك لأسْبابٍ أهمّها كما جاء في الموْسوعة الفقهية الكويتية :

{ثُمَّ إِنَّ الرَّجُل الْمُطَلِّقَ لاَ يُسْأَل عَنْ سَبَبِ الطَّلاَقِ عِنْدَ إِقْدَامِهِ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ لِأَسْبَابٍ كَثِيرَةٍ مِنْهَا :

1 -حِفْظُ أَسْرَارِ الأُسْرَة.

2 -حِفْظُ كَرَامَةِ الزَّوْجَةِ وَسُمْعَتِهَا.

3 -الْعَجْزُ عَنْ إِثْبَاتِ الْكَثِيرِ مِنْ تِلْكَ الأَسْبَابِ ؛ لأَنَّ غَالِبَ أَسْبَابِ الشِّقَاقِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ تَكُونُ خَفِيَّةً يَصْعُبُ إِثْبَاتُهَا، فَإِذَا كَلَّفْنَاهُ بِذَلِكَ نَكُونُ قَدْ كَلَّفْنَاهُ بِمَا يَعْجِزُ عَنْهُ أَوْ يُحْرِجُهُ، وَهُوَ مَمْنُوعٌ فِي الشَّرِيعَةِ الإِسْلاَمِيَّةِ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى : (وَمَا جَعَل عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ).

4 -ثُمَّ إنَّ فِي إِقْدَامِ الزَّوْجِ عَلَى الطَّلَاقِ وَتَحَمُّلِهِ الأَعْبَاءَ الْمَالِيَّةَ الْمُتَرَتِّبَةَ عَلَيْهِ، مِنْ مَهْرٍ مُؤَجَّلٍ، وَنَفَقَةٍ وَمُتْعَةٍ - عِنْدَ مَنْ يَقُولُ بِوُجُوبِهَا -وَأُجْرَةِ حَضَانَةٍ لِلأَوْلَادِ ... لَقَرِينَةٌ كَافِيَةٌ عَلَى قِيَامِ أَسْبَابٍ مَشْرُوعَةٍ تَدْعُوهُ لِلطَّلَاقِ.

5 -وَلِكَوْنِ الطَّلَاقِ مُبَاحًا أَصْلاً عِنْدَ الْجُمْهُورِ كَمَا تَقَدَّمَ، إِبَاحَةً مُطْلَقَةً عَنْ أَيِّ شَرْطٍ أَوْ قَيْدٍ}.

← لَيْسَ مِن الضَّرُورِي ذِكْرُ أَسْبَابِ الطَّلَاقِ = قَرَار الْمَحْكَمَة الْعُلْيَا الصَّادِر عَنْ غُرْفَة شُؤُون الأُسْرَة وَالمَوَارِيث بتَارِيخ 1999/06/15 فَصْلاً فِي الطَّعْن رَقَم 223019 (مَجَلَّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص بِاجْتِهَادِ غُرْفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 104) وَقَد جَاءَ فِيه مَا خُلاصته : {من المقرّر قانونًا أنّهُ يحقُّ للزّوْج إيقاعُ الطّلاق بإرادته المنْفردة. ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطْعون فيه بالقصور في التّسْبيب ليْس في محلّه.

ومتى تبيّن في قضيّة الْحال أنّ للزّوْج الحقُّ في تحمّل مسْؤولية الطّلاق دون أنْ يُفْصح للقاضي عنْ الأسْباب التي دفعتْه للطّلاق وذلك تجنّبا للْحَرَج أوْ تَخَطّيا لقواعد الإثبات خلافًا للأزْواج الذين يقدّمون تبْريرات لإبْعَاد المسْؤوليّة عنهم. وعليه فإنّ قضاة الموْضوع لما قَضَوْا بالطّلاق بإرادة الزّوْج المنْفردة دون تبْرير، طبّقُوا صحيحَ القانون}.

← الجَزَائِي يُوقِفُ المدَني (الْمَادّة 4 من قانُون الإجرَاءَات الجَزَائيّة) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1991/06/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 74451 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 3/1993، الصّفْحَة 79) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مَتَى كَانَ مُقَرّرا قَانُونًا أنّ الجزائي يوقف المدني، ومنْ ثمَّ فإنّ قضاة المَوْضُوع، في قضية الحال، بحكمهم بالطلاق وإهمالهم لطلب الطّاعن بوقف الفصل في

القضية إلى حين الفصل في قضية الزنا المتابعة بها المطعون ضدّها، خرقوا القواعد الجوهرية في الإجراءات} (وذلك نظرًا للنتائج الهامة المترتبة عن مصير الدعوى الجزائية بالنسبة لتحديد مسؤولية الطلاق وإسناد الحضانة كما جاء في حيثيات القرار).

← يَجُوز أنْ يَتمّ الطّلاق بمُوجَب حُكْم أجْنبيّ (فرنسي) إذا أُعْطِيَ الصِّيغة التّنْفيذيّة = قرار المَحكمَة العُليا الصّادر عَنْ غرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2001/03/28 فصلاً في الطّعن رقم 254709 (مَنشُور بالمَجلّة القضائية، العَدَد 1/2002، الصّفْحَة 312) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : ①إنّ إعْطاء الصّيغة التنْفيذية لحكْم أجْنبي بالطّلاق يعْطي للحكْم حجّيّة الشّيْء المقْضي فيه، وإنّ رفْضَ القاضي لدعوى الرّجوع لعدم التأْسيس يُعْتبر تطْبيقًا سليمًا للقانون.

② إن إعطاء الصّيغة التنْفيذية لحكْم أجْنبي بالطّلاق بعد التّأكّد من عدم مساسه بالآداب العامّة والسّيادة الوطنية من طرف القاضي المختصّ هو تطبيقٌ سليمٌ للقانون}.

← ليْسَ من شُروطِ إثْبَاتِ الطّلاقِ أَنْ يَتمّ تَصْريحُ الزّوْجِ بهِ أمَام الْقَضاء = قرَار المَحكمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1984/12/03 فَصلاً في الطّعن رَقم 35026 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 4/1989، الصّفْحَة 86) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : المُقرّرُ شَرْعًا أنّ الطّلاقَ هو حقٌّ للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوزُ للقاضي أن يحلّ محلّه في إصداره، أمّا التطليقُ فهو حقّ للمرأة المتضرّرة وترفعُ أمرَها للقاضي الذي يُطلّقها، ومنْ ثمّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا الْمَبْدَأ يُعَدّ خَرقًا لأَحكَام الشّريعَة الإسْلاميّة.

ولمّا كانت الشّريعَةُ الإسْلاميّة تخوّلُ إثباتَ تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهودٍ حضرُوا وسمِعُوا بذلك من الزوج، أو بواسطة شهادةٍ

مستفيضة، فإنه يجبُ على القضاة أن يُجْرُوا تحقيقًا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحّة طلاق أُثبت أمامهم، وبذلك فإنّ القرار الذي قضى بأنّ الطّلاق لا يثبت إلا بتصريح الزّوج أمام القاضي يُعدّ مخالفا لأحْكام الشّريعَة الإسْلاميّة}.

← شهَادَةُ الشّهُود بوُقُوع الطّلاق يَجِبُ أنْ تكُونَ دقيقَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1985/11/04 فَصلاً في الطّعن رَقم 38105 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1989، الصّفْحَة 98) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يَستوجبُ النقضَ القرارُ الذي اعتمدَ في إثباتِ وقوعِ الطلاقِ بإرادةِ الزّوجِ على شهادةِ شهودٍ لمْ تحدِّدْ تاريخ ومكان هذا الطّلاق، ولمْ تذْكر أسْماء الأشْخاص الذين حضروا بمجلس الطّلاق لتأْكيد صحّته، ذلك أنّ هذه الشهادة يكتنفُها الغموضُ والنّقصُ في محتواها}.

← إثبَاتُ الزّوَاجِ العُرْفِي وَالطّلاَق أمَام المجلِس = انْظُر هَامش المادّة 57 أدناه.

← الزّوَاجُ العُرْفي تَامّ الأرْكَانِ يَنْتَهي بالطّلاقِ أو التّطْليقِ ولَيْسَ بالْفَسْخ = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/10/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 340671 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2005، الصّفْحَة 397) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يَنتهي الزواجُ العُرفي التّامُّ الأركانِ إمّا بالطّلاق وإمّا بالتّطْليق وليْس بفسْخ عقْد الزّواج أو بفسْخ الخطْبة}، وفي قضية الحال فإنّ أرْكان الزّواج متوافرة عرْفيا والزّوْجة رفعت دعواها بعد أنْ دعاها زوْجها لترْك وظيفتها في التّعليم فرفضتْ، وقضاة المَوْضُوع قضوا بفسْخ الخطوبة بين الطّرفيْن.

← الطّعْنُ بالنّقْض لا يُوقف تنْفيذ أحْكام ①الطّلاق بالتّراضي و②الطّلاق بإرادة الزّوْج و③التّطْليق : عملا بأحْكام المواد 435 (و)

452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (النصوص مذكورة أدناه) ؛ بينما بالنسبة لأحكام إثبات الزواج فإن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ لتعلقها بحالة الأشخاص (انظر هامش المادة 22 أعلاه).

◄ حكم الطلاق في التشريعين التونسي والمغربي :

جاء في المادة 79 من مدونة الأسرة المغربية : {يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب}.

وجاء في الفصل 30 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية : {لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة}.

المادة 50 :
مَنْ رَاجَعَ زَوجَتَهُ أثنَاءَ مُحَاوَلَةِ الصُّلْحِ لا يَحْتَاجُ إلى عَقْدٍ جَديد، ومَنْ رَاجَعَهَا بعْدَ صُدُورِ الحُكْمِ بالطَّلاقِ يَحْتَاجُ إلى عَقْدٍ جَديد.

← المراجعة الشرعية لا تكون إلا أثناء مدة العدة منذ تصريح الزوج بالطلاق الرجعي وهو ما وقع للمرة الأولى أو الثانية لقوله تعالى : (وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا) (سورة البقرة 228)، وأما ما عدا ذلك من أحوال الطلاق والخلع والتطليق فالطلاق فيها بائن لا رجعة فيه إلا بعقد جديد.

← الطلاقُ يقعُ شرعًا بمجرد النطق به من طرف الزوج، **وإثباته** يكونُ بموجب حكم، ومحاولة الصلح تسمح للزوج بمراجعة زوجته إذا كان ذلك خلالَ فترة العِدة الشرعية وتعلّقَ الأمرُ بالطلقة الأولى أو الثانية، كما تسمح للطرفين بالتراجع بعقد جديد إذا كانت بعد

انقضاء مدة العدة وأصبح الطلاق بائنا بينونة صغرى، وأمّا إذا انقضت مدة العدة بعد الطلقة الثالثة فإن الطلاق يكون بائنا بينونة كبرى ولا فائدة ترجى من محاولة الصلح في ذلك.

← المراجعة صحيحة خلال مدّة العدّة = قرار المحكمة العُليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2007/05/09 فصلاً في الطعن رقم 395557 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 2/2008، الصفحة 299) وقد جاء فيه : {المبدأ : مُراجعة الزّوج زوجته خلال فترة العِدّة جائزة شرْعًا وقانوناً ما دامت العِصمة بيدِهِ}، وجاء في القرار أنّ الطّلاق في قضية الحال كان رجْعيًّا لأنّ المطْعون ضدّهُ قد تراجع عن الطّلاق وسعى إلى إرْجاع المطْعون ضدّها في خلال مدّة عشْرين يومًا قبْل فوات مُدّة العِدّة شرْعًا.

← إذا انقضتْ مُدّةُ العِدَّة بعد الطّلاق فلا سبيل إلى الحكْم برجوع الزّوْجة لمحلّ الزّوْجية = قرار المَحكَمَة العُليا الصّادر عنْ غُرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 1986/04/21 فصلاً في الطّعن رقم 41100 (منشُور بالمَجلّة القضائية، العَدد 4/1993، الصّفْحَة 65) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : من المقرّر شرْعًا أنّ الحكْم بالطّلاق الواقع برضا الزّوْج، والذي استغْرق ميعاد العدّة، لا يجوز استئنافه بغرض التّراجع عن الطّلاق الذي تمّ قبوله أمام القاضي. ولمّا كانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ المجلس القضائي لما قضى برجوع الزّوْجة من جديد رغْم أنّ الحكْم بالطّلاق الرّضائي استغْرق ميعاد العدّة، ومرّتْ ثلاثة أعْوام، فإنّ القرار المنتقد قد خرق أحْكام الشّريعَة الإسْلاميّة ممّا يستوْجب نقْضه} (حكْم الطلاق بالتراضي صدر في 1980/08/23 والقرار المطْعون فيه الذي قضى بإلْغائه ومنْ جديد حَكَمَ بالرّجوع صدر في 1984/02/23 !! أي بعد أكثر من ثلاث سنوات).

➜ قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأحوَال الشّخصيّة بتَاريخ 1988/07/18 فَصلاً في الطّعن رقم 49858 (مَنشُور بالمجَلّة القضَائية، العَدَد 1/1992، الصّفحَة 37) وَقد جَاءَ فيه: {المَبْدَأ: مِنَ المُقرَّر قَانُونًا أنّ الطّلاق يمْكن أنْ يتمّ بتراضي الزّوْجين، ولا يثبت الطّلاق إلاّ بحكم بعد محاولة الصُّلح من طرف القاضي، ومَنْ راجَعَ زوجته بعْد صدور الحُكم بالطّلاق يحتاجُ إلى عقْد جديد، ومنْ ثمّ فإنّ القضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذا المَبْدَأ يُعدّ مُخالفًا للقانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ قضاة المَوْضُوع لما قضوْا برجوع الزّوْجة رغْم أنّ الطّلاق وقع بالتّراضي بينهما وتمّ إثباته بحكْم، وبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون}.

➜ الرّجُوعُ بعْدَ الطّلاَق بالتّرَاضِي يَحتَاجُ إلى عَقْدٍ جَديد = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1988/07/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 49857 (مَنشُور بالمجَلّة القضَائية، العَدَد 3/1992، الصّفْحَة 44) وَقد جَاءَ فيه: {المَبْدَأ: مِنَ المُقرَّر قَانُونًا أنّ الرّجوع في حالة الطّلاق بالتّراضي لا يصحّ إلاّ بعقْد جديد، ومنْ ثمّ فإنّ القضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا المَبْدَأ يُعدّ خَرْقًا للقانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ المجلس لما قضى بالرّجوع رغم أنّ الطّلاق كان بالتّراضي خالف أحكام المادّتين 48 (و) 50 من قَانُون الأُسْرَة}.

➜ وأيْضًا = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1996/07/09 فَصلاً في الطّعن رَقم 138949 (مَنشُور بالمَجَلّة القضَائية، العَدَد 2/1996، الصّفْحَة 77) وَقد جَاءَ فيه: {المَبْدَأ: مِنَ المُقرَّر قَانُونًا أنْ يتمّ الطّلاقُ بإرادة الزّوْج أوْ بتراضي الزّوْجين، ويثبتُ بحكمٍ بعد محاولة الصُّلْح من طرف القاضي. ومتى حصل الاتّفاق بين الطّرفين، كقضية الحال، فإنّ القاضي يصادق على شروطه ولا يجوز بعد ذلك للأطْراف الرّجوعُ فيه}.

← إدّعاءُ الرُّجُوع بعْدَ الطّلاق يَقْتَضي الإثبَات = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1987/06/01 فَصلاً في الطّعن رَقم 45867 (مَنشُور بالمَجلَة القَضَائية، الْعَدَد 4/1992، الصّفْحَة 54) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا أنّ الطّلاق الذي يقع صحيحًا بين الزّوْجين لا تتمّ المراجعة فيه إلاّ برضا وطلبٍ من الزّوج وفي المدّة المقرّرة للمُراجعة، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا المَبْدَأ يُعَدّ خرقًا لأحكَام الشّريعَة الإسْلاميّة. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ الطّاعن ينْكر حضور المراجعة بعد الطّلاق، وأنّ الشّهود الذين قدّمتْهم المطْعون ضدّها لمْ يقلْ أيّ واحد منْهم أنّه حَضَرَ المراجعة أوْ شَهِدَهَا، فإنّ قضاة المَوْضُوع الذين أمروا بتحْرير عقْد الزّواج بناء على استنتاج وتفْسير خاطئَيْن يكونوا قد خرقوا أحْكام الشّريعَة الإسْلاميّة}.

← نَقْضُ حُكْم الطّلاق بعْدَ المرَاجَعة الّتي تمّتْ بعَقْد جَديد = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1991/02/20 فَصلاً في الطّعن رَقم 73630 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 3/1993، الصّفْحَة 60) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا أنّ مَنْ راجع زوْجتَه أثناء محاولة الصُّلْح لا يحْتاج إلى عقْد جديد ومَن راجعها بعد صدور الحكْم بالطّلاق يحتاج إلى عقْد جديد. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ الطّاعن راجع مطلّقته بعقدٍ جديدٍ متوفر على جميعِ أرْكان الزّواج حسب الْمَادّة 50 من قَانُون الأُسْرَة أصْبح واجبا نقض الحكْم المطعون فيه بدون إحالة لعدم جدّية بقائه}، والتحليل الذي اعتمدته المحكمة العليا لنقض حكم الطّلاق فيه نظَر، لأنّ الحكْمَ المذكور كان مُطابقًا للقانون بصريح ما جاء في حيثيات قرار النقض، والأساسُ الذي اعتمدته المحكمة العليا للنقض وهو عدم جدية بقاء حُكم الطلاق بعد المراجعة بعقد جديد فهو سبب غير قانوني للنقض.

الْمَادّة 51 :

لا يُمْكِنُ أَنْ يُراجِعَ الرَّجُلُ مَنْ طلّقها ثلاثَ مرّاتٍ مُتتاليةٍ إلاّ بعْدَ أنْ تتزوّجَ غيْرَهُ وتُطلّقَ منْهُ أوْ يمُوتَ عنها بعْدَ الْبناء.

❖ وذلك لقوله تعالى : (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ، وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ) (سورة البقرة 230).

➜ لمْ يتطرّقْ القانونُ لأحْكام الطّلاق الثلاث في مجْلسٍ واحد، أو استعمال كلماتٍ غير الطّلاق كفارقْتُك وسرّحْتُك واذْهَبي إلى أهْلِك وأنْتِ عليّ حرَام، والرّجلُ الذي ينْوي الطّلاق ولا يتلفظُ به أوْ يكْتُبُهُ في ورقةٍ ويحتفظ بها.

الْمَادّة 52 : (عُدّلَتْ بالأمْر رقْم 02-05 المؤرّخ في 27 فبْراير 2005)

إذا تَبَيَّنَ للْقَاضِي تَعَسُّفُ الزّوْج في الطّلاقِ حَكَمَ للمُطلّقةِ بالتّعْويضِ عَن الضّرَرِ اللاّحِقِ بهَا.

➜ وَقَدْ كَانَتْ الْمَادّة 52 مُحَرّرَةً في ظلِّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤرّخ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{إذا تبيّنَ للْقاضي تعسُّفُ الزّوْج في الطّلاق حَكَمَ للمطلّقةِ بالتّعْويضِ عن الضّررِ اللاّحقِ بها.

وإذا كانت حاضنةً ولمْ يكنْ لها وليٌّ يقبلُ إيواءَها، يضْمن حقّها في السّكن مع محْضونيها حسب وُسْع الزّوْج. ويُسْتثنى من القرار بالسّكن، مسْكنُ الزّوْجيّة إذا كان وحيداً.

تَفْقِدُ المطلّقةُ حقّهَا في السَّكَن في حالة زواجها أوْ ثبوت انْحرافها} (انظُر الْمادّة 72 بعده فيما يتعلق بتوفير السّكن).

← التّعْـويضُ يُقَـدّرُه قَاضـي المَوْضُـوع = قـرَار المَحكَمَـة العُلْيَـا الـصّادر عَـنْ غُرفَـة الأحـوَال الشّخْـصيّة بتَـاريخ 2006/07/12 فَـصلاً في الطّعن رَقم 368660 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 2/2006، الصّفْحَة 483) وَقَد جَاءَ فيـه : {المَبْدَأ : تحديد التّعْويض عن الطّلاق التّعسّفي يُعَدّ من المسائل التقْديرية التي يخْتصّ قضاة المَوْضُوع بها دون غيْرهم}، وفي قـضية الحـال قـضى قـضاة المَوْضـوع بتعـويض قـدرُه 300 ألـف د.ج للمطلّقـة، وجـاء في حيثيـات المحْكمـة العليـا أنّ «تقـدير التعْـويض مـن اختصاص قضاة المَوْضُوع دون غيْرهم، إضافة إلى ذلك فإنّ طلاق امرأةٍ بعد زواجٍ دام أربعين سنة دون مبرر لا يُعوَّضُ بأيّ مبلغٍ من المال».

← التّعْـويضُ عـنْ أضْـرَار الطّـلاق لاَ يَـشْمَلُ التّعْويـضَاتِ الأخْـرَى المحْتمَلَة عـن مختَلَـفِ حَالاتِ المسْؤُوليّة = قرَار المَحكَمَة العُليَـا الـصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَـاريخ 2000/02/22 فَصلاً في الطّعـن رَقم 235367 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2001، الصّفْحَة 275) وَقَد جَاءَ فيـه : {المَبْدَأ : إنّ الحكْـمَ بـالتّعويض عـن الـضّرر طبْقـا لقواعـد المسْؤولية التّقْصيرية (المَادّة 124 من القانُون المَدَني) لا يُمْكـن أنْ يشْمله التّعويضُ عن الطّلاق}، أيْ أنّ التّعويض عن الطّلاق التّعسّفي المحْكوم به لا يشْمل التّعويض عن الأضْرار الأخْرى النّاتجة عن التّعسّف أوْ عنْ المسْؤولية التقْـصيريّة (الطّاعنـة حـسب القـرار تنـاقش مبْلـغ التّعْـويض المحْكوم به لـصالحها على أساس أنّه لا يغطّي مـا أصـابها مـنْ أضْرار خلال عشْرتها الطّويلة مع مطلّقها، وقرارُ المحكمة العليا أشارَ عليها برفع دعوَى مستقلة حولَ الأضرار الأخرى غير ضرر الطّلاق.).

← يَنْبَغِي عنْدَ الحُكْمِ تحْديدُ طبيعةِ المبَالغ المحْكُومِ بهَا = قـرَار المَحكَمَـة العُلْيَـا الـصّادِر عـنْ غُرفَـة شُـؤون الأسْـرَة بتَـاريخ 1986/04/07 فَصلاً في الطّعن رَقم 41560 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عَددهَا رَقم 2/1989 الصّفحَة 69 وَقد جَاءَ فيه ما خلاصته :

{من الأحْكام الشّرْعية أنّ للزّوْجة المطلّقة طلاقًا تعسّفيا نفقة عدة، نفقة إهْمال، نفقة متعة، وكذلك التّعويض الذي قدْ يُحْكَم به لها من جرّاء الطّلاق التعسّفي، وينْبغي عنْد الحُكْم تحديدُ طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلّقة وفي أيّ إطارٍ تدخل. والقضاءُ بما يخالف هذا المبدأ يستوْجبُ نَقْضَ القرار الذي منحَ للزّوْجةِ المطلّقة مبْلغًا إجْماليا من النّقود مقابلَ الطّلاق التعسّفي}.

← امْتِنَاعُ الزّوْجَة عن الرُّجُوع لا يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير مسؤولية الطلاق إلا بعد صدور الحكم بالرجوع ورفضها تنفيذه = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1984/12/03 فَصلاً في الطّعن رَقم 34397 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1989/4، الصّفْحَة 104) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المقرّر قضاءً أن القاضي غيرُ ملزَمٍ بالاستماع إلى تصريحات الشّهود طالما كانت أقوالُهم على فرض موافقتها مع ادّعاءات المشهود له لا ترفع عنه مسؤولية الطلاق، ذلك أنّه على فَرَضَ أنّ الشّهودَ شهدوا للزّوج على أنّه حاول إرْجاعَ زوْجته وأنّها أهانتْه وشتمتْه فإنّ ذلك لا يُقيم دليلا على امتناعها عن الرجوع، فالدليلُ المقبولُ شَرْعًا هو الحُكمُ عليها بالرجوع وتقابل ذلك برفضٍ يُسَجَّل عليها شَرْعًا، ومن ثمَّ فإن النّعي على القرار المطعون فيه بالوجه المثار من انعدام الأسباب في غير محلّه ويستوجب رفضه}.

← تعويضُ المطلّقةِ عن الضّررِ في حالة الطّلاق (أو التّطْليق) هو ما يُسمّيه بعض الفقهاء والقضاة بالْمُتْعَة، ومن ذلك ما جاء في قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1985/04/08 فَصلاً في الطّعن رَقم 35912 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1989/1، الصّفْحَة 89) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : إذا كانت أحكامُ الشريعة الإسلامية تُقرّر للزّوجة التي طلّقَها زوْجُها متعةً تُعْطَى

لها تخفيفاً عنْ ألَمِ فراقِ زوْجِها لها، وهي في حدّ ذاتها تُعتبرُ تعويضاً، فإنّ القضاءَ بما يخالفُ أحْكامَ هذا المَبْدأ يُعتبر خرْقاً لأحْكام الشريعة الإسلامية. لذلك يستوجب النقض القرار الذي قضى للزوجة المطلّقة بدفع مبلغٍ مالي لها باسم متعةٍ وبدفع مبلغٍ آخرَ كتعويض}.

بينما البعْضُ الآخر من القضاة يُفرِّقُ بينهما على أساس أنّ التعْويضَ يتطلّبُ إثباتَ الْخطأ والضّرر وعلاقة السّببية، ويُزكّي هذا الرأيَ أنّ النصّ قد اشترَطَ ثبُوتَ تعسُّف الزّوج في الطّلاق، ولمْ يحددْ القانونُ مبلغَ التعويض ولا كيفيةَ حسابه فترَكَ الأمرَ للسلطة التقديرية للقاضي، بينما المتعةُ لا تتطلبُ إثباتَ الخطأ، فهي أشْبهُ ما يكونُ بالمسْؤولية بناءً على نظريّة المخاطر (وقد اخْتلف فقهاء الشّريعَة الإسْلاميّة في حُكْمها فبعْضُهم قالَ بوجوبها والبعْض قال باسْتحْبابها)؛ وأساسُها في كتاب الله قولُه تعالى: (لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ) {سورة البقرة 236}، وقولُه تعالى: (وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ) {البقرة 241}، وقولُه سبحانه: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا) {الأحزاب 28}، وقولُه سبحانَه: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا، فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا) (سورة الأحزاب 49).

ويُشترَطُ للحُكم بالمتعة أن تكونَ بعد زواج صحيح، وألاّ يكونَ الطلاقُ بسبب خطأ الزوجة أو بموافقتها، ويَعُودُ تحديدُ مبلغها للسلطة التقديرية للقاضي حسب ظروف وملابسات كل قضية (بعضهم يقدّرها بنفقة عامين بالتقريب).

← لا وَجْـهَ للتّعْـويض إذا لمْ يكُـنْ هُنـاك تعَسُّف = قـرار المَحكمَـة العُليَـا الـصّادر عَـنْ غُرفَـة الأحْـوال الشّخْـصيّة بتَـاريخ 1992/12/22 فصلاً في الطّعن رَقم 87301 (مَنشُور بالمجلّة القضائية، العَدد 1995/2، الصّفْحة 92) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقرّر قَانونًا وقضاءً أنه يجوز للزّوْجة طلب التّطْليق اسْتنادًا إلى وجود عيْب يحول دون تحقيق الهدف من الزّواج كتكوين أسْرة وتربية الأبْناء. ولما أسّس قضاة المَوْضُوع قرارَهم القاضي بالتطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد استنادًا إلى نتائج الخبرة الطّبّيّة التي خلصت إلى عُقم الزّوج، فإنهم قد وفّرُوا لقضائهم الأسبابَ الشرعيّة الكافية ما عدا فيما يتعلّقُ بإلزام الزّوج بالتعويض مما يتوجّب نقضه جزئيًا في هذا الجانب لانْعدام حالة التّعسّف} (يلاحظ أنّ التّطْليق قد قضى به المجلسُ والحالُ أنّ الأحْكام في هذا الباب غير قابلة للاستئناف).

← مِـن قـرارات المحكمـة العليـا الـتي اعتبـرَت أنّ المطلّقـةَ لا تَستَحِقُ المتعَةَ إذا كانَـت هـيَ الـتي طَلَبَـت التّطْليـق = قـرَار المَحكَمَـة العُليَـا الـصّادر عَـنْ غُرفَـة الأَحـوَال الشّخْـصيّة بتَـاريخ 1986/12/29 فَـصلاً في الطّعْـن رَقـم 43860 (مَنـشُور بالمَجلّـة القَـضَائية، العَدَد 1993/2، الصّفْحَة 41) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من القواعد المقرّرة شرْعًا أنّ المتعةَ لمن طلّقها زوجُها وليس لمن طلّقت نفسَها بحُكم، ومنْ ثمَّ فإنّ القضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا المَبْدَأ يُعَدّ مُخَالفًا للنصوص الشّرعيّة في فرض المتعة. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ الزّوجةَ أقامت دعوى التطليق واستجابت المحكمةُ لطلبها، ووافقَ المجلس عليه، الذي يُعَدّ وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإنّ القضاءَ بالمتعة للمطلّقة يُعدّ مخالفًا للنصُوص الشرعية}.

← من قرارات المحكمة العليا التي اعتبَرَتْ أنّ المتعَةَ لا يُحكَمُ بهـا إلاّ إذا لمْ يكـنْ للزّوْجـة مـسْؤوليةٌ في حُـدُوث الطّـلاق = قـرَار

المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1986/01/27 فَصلاً في الطّعن رَقم 39731 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 4/1993، الصَّفْحَة 61) وَقَد جَاءَ فيه : {من المُقرّر شَرْعًا وَقَانُونًا أنّ المتعةَ تمنحُ للزوجة مقابل الضّرر الناتج لها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ القرارَ المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزّوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزّوجة}.

← يجبُ تَسبْيبُ تعْديلِ مبالغِ المتْعَةِ والنّفقَةِ والتّعْويض = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1991/06/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 75029 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/1994، الصَّفْحَة 65) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المستقرّ عليه قضاءً أن تحديدَ مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدّة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة المَوْضُوع، غير أنهم ملزَمين بذكر أسباب تحديدها، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا الْمَبْدَأ يُعَدّ قصورا في التعليل. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ قضاةَ المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والنفقة والتعويض المحكوم بهَا في محكمة أول درجةٍ دون أنْ يبيّنوا أسبابَ ذلك شابوا قرارَهم بالقصور في التعليل}.

◄ وأكدت المحكمةُ العليا وجوبَ تعليل رَفعِ مبلغ المتعَة من طرفِ قضاة الاستئناف في قرَارها الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤون الأسْرَة بتَاريخ 1984/04/02 فَصلاً في الطّعن رَقم 32779 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عَدَدهَا رَقم 2/1989 الصّفحَة 61.

← تَوابعُ العِصمَة حقٌّ للمُطلَّقَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1989/12/25 فَصلاً في الطّعن رَقم 57752 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 3/1991، الصَّفْحَة 68) وَقَد جَاءَ فيه : {من المقرّر شَرْعًا أن توابعَ انحلال العصمة واجبةٌ

للمطلّقة قبل مطلّقها، ومنْ ثمّ فإنّ القضاء بما يُخالفُ هذا المبْدأ يُعدّ خرقًا للأحكام الشّرعيّة. ولما كانَ الثابتُ، في قضيّة الحالِ، أنّ المجلسَ القضائي لما قضى بتأييد الحكم المستأنف مع عدم الحكم للزّوجة المطلّقة بالمتعة والنفقة وردّ الأثاث، المطلوبة منها في مرحلة الاستئناف، يكونُ بقضائه كما فعلَ خالفَ القانون}.

← عند تقْدير حقوق المطلّقة لا يُعْتدُّ بفقْدان البَكَرة قبْلَ البناء إلا إذا كان الزّوْجُ قد اشْترط العُذْرية في العقْد = قرار المَحكمَة العُليا الصّادر عنْ غرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 1984/06/25 فَصلاً في الطّعن رَقم 33715 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العْدَد 4/1989، الصّفْحَة 99) وَقَد جاءَ فيه: {المْبْدأ: من المقرّر شرْعًا أنّه لا يؤْخذ بعيْن الاعتبار طلبُ إسْقاط حقوق المطلّقة بسبب فقْد بكارتها قبل البناء بها إلاّ إذا كان الزّوْجُ قد اشْترطَ ذلك في عقْد الزّواج، ومن المقرّر أيْضًا أنه لا يُحْكم بفسْخ عقد الزّواج إلا إذا كان هذا النّكاحُ فاسدا شَرْعًا، ومنْ ثمَّ فإنّ النعْي على القرار المطْعون فيه بما يثيره الطّاعن تأْسيسا على مخالفة أحْكام الشّريعَة الإسْلاميّة في غير محلّه ويستوْجب الرّفض.

ولمّا كان الطاعن لمْ يذكر الوسيلة التي توصّل بها إلى اكْتشاف أنّ زوجته كانتْ قبْل ليْلة الزّفاف فاقدة البكارة رغم عدم مباشرتها جنْسيا كما يزْعم، فإنّ قضاة الاستئناف بقضائهم في الدعوى بالطّلاق وتقرير حقوق المطلّقة التزموا بتطْبيق الأحْكام الشّرْعية}.

← عند تقدير حقوق المطلّقة لا يُعْتَدُّ بفُقْدان البَكَرَة قبْلَ البناء إلا إذا كان الزوجُ قد اشْترط العذْرية في العقْد = قرار المَحكمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2000/05/23 فصلاً في الطّعن رَقم 243417 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العْدَد 1/2002، الصّفْحَة 301) وَقد جاءَ فيه: {المْبْدأ: إنّ عدم اشْتراط

العذرية في عقد الزواج لا يُحمّل الزّوجة المسؤولية في الطّلاق والتعويض، لأنّ البناء بالزوجة يُنْهي كلّ دفع بعدم العذرية}، وفي قضية الحال فإنّ قضاة المَوْضوع حمّلوا الطاعنة مسؤولية الطّلاق على أساس أنها لمْ توافق على الفحْص الطّبي للتّعرّف على مدى عذريتها وحرمُوها بذلك من التّعويض عن الطّلاق، وقد أجابَ قرار المحكمة العليا بأنّ المطعون ضدّه لمْ يشترطْ عذرية الطّاعنة في عقْد الزّواج وبذلك فإنّ البناء بها يُنْهي كلّ دفْع بعدم العذْرية.

← وأكّدَ ذلك = قرار المَحكمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/02/11 فَصلاً في الطّعن رَقم 480264 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2009، الصّفْحَة 283) وَقد جَاءَ فيه : {المَبدَأ : يُعدّ مخالفًا للقانون حرْمانُ الزّوْجة من التّعويض عن الطّلاق التّعسّفي ما دام عقْد الزّواج لا يتضمّن شرْط البكارة}.

← تثبيتُ الطّلاقِ العُرْفي لا يَعْني حِرْمَانُ المطلّقةِ من توابع العصْمة = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2002/09/25 فَصلاً في الطّعن رَقم 288322 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2003، الصّفْحَة 375) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : إنّ الطّلاق العرْفي الموقّع من الزّوْج والمثبّت قضائيا لا يحْرم الزّوْجة (المطلّقة) منْ حقوقها المادّيّة}.

← يتعَدّدُ التّعْويضُ بتَعَدُّدِ مَرّاتِ الطّلاق = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/10/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 345709 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2005، الصّفْحَة 419) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : للمطلّقة في حالة وجود حُكْمَيْن ناطقيْن بالطّلاق بيْن الطّرفيْن، في زَمَنَيْن مُختلفَيْن، الحقُّ في التّعويض عن كلّ طلاقٍ واقع بإرادة الزّوج}.

← وأيضًا = قرارُ المحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2007/04/11 فصلاً في الطّعن رقم 391655 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدد 1/2008، الصّفْحَة 249) وقد جاءَ فيه : {المَبْدَأ : استِفادةُ المطلّقةِ من تعويضاتٍ بموجب حُكم الطّلاق الأوّل لا يَحرِمُها من الاستفادة من توابع العِصمة في الطلاق الثاني}.

← التّعْويضُ عنْ ترك الأُسْرَة مختلفٌ عن التّعْويضُ عن الطّلاق = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2006/07/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 356896 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدد 2/2006، الصّفْحَة 433) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا يُعد التعويضُ المحكُومُ به لصالح الزّوجة بموجب الحكم الجزائي عن ترك الأُسْرَة، والتعويضُ المحكومُ به لصالحها بعد الطلاق تعويضَيْن عن واقعةٍ واحدة}.

← التّعْويضُ في حالة الطّلاق قبْلَ الدُّخُول = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/11/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 372290 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2007، الصّفْحَة 487) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يَحقُّ للزّوجة في حالة الطّلاق، قبل الدّخُول بها، الحُصولُ على تعويضٍ من جرَّاءِ تفويتِ فرصةِ الزواج من الغير عليها}.

❖ وأيْضًا (التعويض عن الطلاق قبل الدخول) = قرَارُ المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1999/03/16 فَصْلاً في الطّعْن 216865 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 256).

← عُقْمُ الزّوجَة خارجٌ عن إرادتها ولا يُبرِّرُ تَطْليمَها = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ

2006/11/15 فصلاً في الطعن رقم 373707 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 1/2007، الصفحة 499) وقد جاء فيه : {المبدأ : عقمُ الزّوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يُعدّ سببًا من الأسباب الشرعية والقانونية المخوّلة للزّوج حقّ الطّلاق بتظليم الزّوجة}.

← تقادمُ توابع الطّلاق = قرار المحكمة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 2006/05/17 فصلاً في الطّعن رَقم 362531 (منشُور بالمجلّة القضائية، العَدد 2/2006، الصّفْحَة 455) وقد جاءَ فيه : {المبْدأ : يَخضعُ طلب توابع الطلاق للتقادم المسقط (15 سنة) طبقا للمادة 308 من القانُون المَدني}.

← قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/12/13 فصلاً في الطّعن رَقم 374449 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدد 1/2007، الصّفْحَة 505) وقد جاءَ فيه : {المَبْدَأ : **المبادرةُ بتنفيذ حُكم إرجاع الزوْجة إلى البيت الزّوجي تكون وجوبًا على عاتق الزّوج**}، وفي قضية الحال فإن الحكمَ قد قضى بإلزام المدعَى عليه بالسّعي لإرجاع زوجته المدعية إلى بيت الزوجية المستقلّ.

> المَادّة 53 : (عُدِّلَتْ بالأمْر رَقْم 05-02 المؤرَّخ في 27 فبْرَايَر 2005)
>
> يَجُوزُ للزّوجَةِ أن تَطلُبَ التّطْلِيقَ للأسْبَابِ الآتية :
>
> 1. عَدَمُ الإنْفَاقِ بعْد صُدُورِ الحُكْمِ بوُجُوبِهِ مَا لَمْ تَكُنْ عَالمَةً بإعْسَارِهِ وَقْتَ الزّوَاج، مع مُرَاعَاة الموَادّ 78 (و) 79 (و) 80 من هذا القَانون،
> 2. العُيُوبُ التي تَحُولُ دونَ تَحْقيقِ الهَدَفِ من الزّوَاج،
> 3. الهَجْرُ في المضْجَع فوْق أرْبَعَةِ أشْهُر،
> 4. الحُكْمُ على الزّوْج عن جَرِيمَةٍ فيهَا مَسَاسٌ بشَرَفِ الأُسْرَة وتَسْتَحيلُ معهَا مُوَاصلَةُ العِشْرَةِ والحَياةِ الزّوْجية،
> 5. الغَيْبَةُ بعد مُرُورِ سنةٍ بدُون عُذْرٍ ولا نَفَقَة،

6. مُخَالَفَةُ الأَحْكَامِ الوَارِدَةِ فِي المَادَّةِ 8 أَعْلاه،
7. إِرْتِكَابُ فَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ،
8. الشِّقَاقُ المستَمِرُّ بيْنَ الزَّوْجَيْن،
9. مُخَالَفَةُ الشُّرُوطِ المتَّفَق عليْهَا فِي عَقْدِ الزَّوَاج،
10. كلُّ ضَرَرٍ مُعْتَبَرٍ شَرْعًا.

← وَقَدْ كَانَتْ المَادَّةُ 53 مُحَرَّرَةً فِي ظلِّ القَانُونِ رَقْم 84-11 المُؤَرَّخ فِي 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي : {يجوز للزَّوْجة أنْ تطْلب التَّطليق للأسْباب التالية :

1. عدم الإنْفاق بعد صدور الحكْم بوجوبه ما لمْ تكنْ عالمةً بإعْساره وقْت الزّواج مع مراعاة المواد 78 (و) 79 (و) 80 من هذا القانون.

2. العيوبُ التي تحُولُ دون تحقيق الهَدف من الزواج.

3. الهَجْرُ فِي المضْجع فوْق أرْبعة أشْهر.

4. الحكْم بعقوبة شائنة مقيّدة لحريّة الزّوْج لمدة أكْثر منْ سنة فيها مساسٌ بشرف الأُسْرَة وتسْتحيل معها مواصلة العشْرة والْحياة الزّوجية.

5. الغيْبة بعد مضيّ سنة بدون عذْر ولا نفقة.

6. كلّ ضرر معْتبر شَرْعًا ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحْكام الواردة فِي المادّتين 8 (و) 37 أعْلاه.

7. ارْتكاب فاحشة مبيّنة}.

← الزّوْجةُ هي صَاحبةُ الصّفَة لرفْع الدّعْوَى وليْسَ وَليُّها = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/10/11 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 369494 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية،

العَدَد 2/2007، الصَّفْحَة 449) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : تُرفعُ دعوى الطَّلاق أو التَّطليق قبل البناء من طرفِ الزَّوجة وليس من طرفِ الوليّ}.

← عَدَمُ الإنفاق لمدةٍ تزيدُ على شهرين سببٌ مبررٌ للتطليق = قرار المَحكَمَة العُليَا الصَّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشَّخْصيَّة بتاريخ 1984/11/19 فصلاً في الطَّعن رَقم 34791 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 3/1989، الصَّفْحَة 76) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مَتَى كَانَ من المُقَرَّر فقهًا وقضاءً في أحكام الشَّريعَة الإسْلاميَّة أنّ عدم الإنفاق على الزوجة لمدّة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبرّرًا لطلبها التطليق عن زوجها وذلك وفقًا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم بقوله :

الزَّوْجُ إنْ عجزَ عنْ إنفاق ❖ لأجل شهرين ذو استحقاق

بعدهما الطلاقُ لا من فعله ❖ وعاجزٌ عن كسوة كمثله،

فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدّة من الشَّريعَة الإسْلاميّة. إذا كان الثابت أن المطعونَ ضدّه أُدين جزائيا من محكمة الجُنح بتهمة الإهمال العائلي وحُكم عليه غيابيا بسنةٍ حبسًا منفذًا، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطَّاعنة المتعلق بالتَّطليق خرقوا أحكام هذا الْمَبْدَأ الشَّرعي}.

← طلب التَّطْليق لعدم الإنْفَاق يتطلّبُ أداءَ اليَمين من طرفِ الزَّوْجة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصَّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشَّخْصيَّة بتاريخ 1989/11/27 فَصلاً في الطَّعن رَقم 56249 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/1992، الصَّفْحَة 51) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقرَّر قانونًا أن دعوى الطلاق من اختصاص محكمة مقرّ الزَّوجية، ومن المقرّر أيضًا أن تطليقَ الزّوجة لعدم الإنفاق والحكمَ لها به دون يمينٍ يُعدّ مخالفًا لأحكام الشّريعَة الإسْلاميّة، ومنْ ثمَّ فإنّ القضَاءَ بخلاف هذين المبدأين يُعدّ خرقًا للقانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة

الحَال، أنّ المجلسَ القضائي لما قضى بتطليق الزّوجة والحكم بتعويضها في غياب الزّوج دون اتباع الإجراءات المنصوص عليها قانونا، ودون أداء اليمين فيما يخصّ النفقة، فبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وانتهكوا أحكام الشّريعَة الإسْلاميّة}.

← العُيوبُ التي تحُولُ دون تحقيق الهدف من الزّواج هي ما يُسميّه فقهاءُ الشّريعَة الإسْلاميّة : "عُيُوبُ الزَّوْجَيْنِ المُوجِبَةُ لِخِيَارِ كُلٍّ منهما في صَاحِبِهِ".

← العَجْزُ الجنسِيّ من مُبرّرات طلب التّطْليق = قرَار المَحْكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرْفَة الأَحْوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1984/11/19 فَصلاً في الطّعن رَقم 34784 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 3/1989، الصّفْحَة 73) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مَتَى كَانَ من المُقَرّر في الفقه الإسلامي، وعلى ما جرى به القضاء، أنه إذا كان الزّوجُ عاجزًا عن مباشرة زوجته يُضرَب له أجلُ سنةٍ كاملةٍ من أجلِ العلاج، وأنّ الاجتهاد القضائي استقرّ على أنْ تكونَ الزّوجة أثناء تلك المدّة بجانب بعلها، وبعد انتهائها إنْ لمْ تتحسّنْ حالة مرضه حُكم للزوجة بالتّطليق، فإنّ القضاء بما يخالف أحْكام هذه المبادئَ يعدّ خرقا لقواعد الشّريعَة الإسْلاميّة. إذا كان الثابت أن قضاةَ الاستئناف لم يحترمُوا هذه القاعدة الشرعية، واعتبروا أن الفترةَ التي مكثت فيها الزوجةُ سابقًا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتَها جسميا تُعدّ كافيةً لإثبات عجْزه المستمرّ عن ذلك، والحالُ أنّ الاجتهاد القضائي استقرّ على أن السّنةَ التي تُمنحُ للزوج يبدأ مفعولُها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بها، فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئَ وأحكامَ الشّريعَة الإسْلاميّة فيما قضوا به}، وما ذهبت إليه المحكمة لعليا موافق لحكم الشّريعَة الإسْلاميّة فقد جاء في كتاب المنتقى شرح الموطّأ : "مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَمْ يَسْتَطِعْ أَنْ يَمَسَّهَا

فَإِنَّهُ يُضْرَبُ لَهُ أَجَلُ سَنَةٍ، فَإِنْ مَسَّهَا وَإِلاَّ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، ... وَيُضْرَبُ لَهُ الأَجَلُ مِنْ يَوْمِ تُرَافِعُهُ إِلَى السُّلْطَانِ".

← العَجْزُ الجِنْسيّ يَجبُ إثبَاتُه ولا يَكْفِي نُفُورُ الزّوْجَة = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأسْرَة بتَاريخ 1984/05/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 33275 والمَنشُور بمَجَلّة المَحكَمَة العُليَا في عَدَدهَا رَقم 1990/2 الصّفحَة 75 وَقد جَاءَ فيه ما خلاصته : {لما كانت الزوجةُ أشارَت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثباتُ ذلك بصفةٍ شرعيةٍ وقانونيةٍ قبل التصريحِ بحكمِهم، غير أنهم لمّا قضوا بالتطليق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشّريعَة الإسْلاميّة}.

← التّطْلِيقُ للْعُقْم (نعم) = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1999/02/16 فَصْلاً في الطّعْن 213571 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 119) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من المقرّر قانونًا أنه يجُوزُ للزّوْجة أنْ تطلُبَ التّطْليقَ لكلّ ضرر معتبر شرعًا. ومتى تبيّن، في قضية الحال، أنّ المعاشرةَ الزّوْجية كانتْ طويلةً بين الزّوْجين، وأنّ الطّاعنَ لمْ ينْجبْ أطفالا طيلة هذه المدّة الطّويلة ممّا أدّى بالزّوْجة إلى أنْ تطلُبَ التّطْليقَ لتضرُّرها منْ عدم الإنجاب، وعليه فإنّ قضاةَ الموْضوع بقضائهم بتطْليقِ الزّوْجة بسبب العيْب الذي يحول دون تحقيق الهدفِ من الزّواج طبّقوا القانون تطْبيقًا سليماً}.

← لا تعويضَ نتيجةَ العُقْم = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَن غُرفَة الأَحوَال الشّخصيّة بتَاريخ 2011/01/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 596191 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2011/2، الصَّفْحَة 270) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا يتحمّلُ الزّوجُ المصابُ بمرضِ العُقمِ

مسؤوليةَ تعويضِ الزّوجةِ طالبةِ التطليقِ عن الضّررِ الحاصلِ لها بفعلِ عدمِ قدرتِهِ على الإنجاب}.

➜ إذا كان قَبُولُ الطلاق معلّقًا على شرْط فلا يجوزُ الحكم بوقوعه إلاّ إذا تحقّق الشّرْط = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1987/12/07 فَصلاً في الطّعن رَقم 44858 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 4/1990، الصّفْحَة 50) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المُقرّر شرْعًا وَقَانُونًا أنّ الطلاقَ لا يُحكَمُ به إلا إذا كان للزوجة من الأسباب الشرعية ما يَحِقُّ لها التّطليق به، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا المَبْدَأ يُعَدّ مخالفًا للقواعد الشرعية والقانونية. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ الزوجةَ طلبت التطليق أمام المحكمة وأن زوجَها علّقَ قبولَه على إسناد حضانة الأولاد إليْه وعلى أن تخالعَهُ دون أن تُحقق الزوجة الشرطيْن فإن قضاةَ المجلس بإلغائهم الحكمَ المستأنَف ومن جديد حكمُوا بالطلاق دونَ أن يكون طلبُ الطلاقِ أو التطليقِ صريحًا يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفُوا القواعدَ الشرعية والقانونية}.

➜ أحكام الشّريعَة الإسْلاميّة مثل أحكام قواعد المسؤولية لا تَحْرِمُ المطلّقةَ من التّعويض (أو المتعة) في حال التّطْليق بناءً على طلب الزوجة، لأن التطليقَ لا يكون إلا للضرر، والضررُ ينبغي أنْ يُعَوَّض، ومع ذلك فهناك قرارٌ للمحكمة العليا خالف هذا المسلكَ واعتبرَ أن المطلقةَ في هذه الحالة (تطليق) لا تستحقُّ التعويض = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1988/11/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 51614 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 4/1990، الصّفْحَة 67) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المقرّر شرْعًا أن المتعة شُرعَت للمرأة التي يختار زوجها فراقَها، وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها، ومنْ ثمّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا المَبْدَأ يُعَدّ

مُخَالفًا للقوَاعد الشّرعيّة. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ قضاة المجلس بتأييدهم الحكمَ المستأنفَ القاضي بتطليق المطعون ضدّها من الطّاعن والحكم لها بمتعة، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية}.

← من صوَر الضرر المعتبَر شرْعًا تماطُلُ الزّوْج في إرْجاع زوْجته = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1988/09/26 فَصلاً في الطّعن رَقم 50519 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1992/2، الصّفْحَة 48) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا أنه يمكن للزّوجة أنْ تطلُب التّطليقَ إذا توافرت أسبابُه، وَمِنْ ثمَّ فإنّ النّعيَ على القَرَار المطعُون فيه بانعدام الأسباب ومخالفة القانون ليس في محلّه. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ الزّوجَ تماطَلَ في إرجاع زوجته ووَقَفَ موقفًا سلبيا، فإنّ المجلسَ بقضائه بتطليق الزّوجة لتماطُل الزوج في إرجاعها قد طبّق صحيحَ القانون}.

← مِنْ صُوَر الضّرر المعْتَبَر شَرْعًا تماطُلُ الزّوْج سِنِينَ في الدّخول = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1996/04/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 135435 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1998/1، الصّفْحَة 129) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا أنه «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق مع التعويض استنادًا على وجود ضررٍ معتبرٍ شَرْعًا». ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ القضيةَ تتعلقُ بزواجٍ تامّ الأركان إلا أن الزوجَ تأخرَ عن الدّخول بزوجته لمدّة 5 سنوات، فإنه بذلك، يعتبَرُ تعسّفًا في حقّها ويبرر التعويضَ الممنوح لها، مما يتعين معه رفض الطّعن}.

← مِنْ صوَر الضّرر المعْتبر شَرْعًا الضّرْبُ المتعمّد = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/01/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 258555 (مَنشُور بالمَجلّة

القضائية، العدد 2/2002، الصفحة 417) وقد جاء فيه : {المبدأ : إنّ ضرب الزّوجة المبرّح يُعتبر من الأضرار المعتبرة شرعًا التي تستوجبُ التطليقَ دون اشتراطِ صدور حكم جزائي}، وجاء في حيثيات القرار أنّ المتهمَ قد اعترفَ أمام المحكمة بضرب زوجته وقاضي المَوْضُوع غيرُ ملزَمٍ في مثل هذه الحالات بإرجاء الفصل في دعوى التطليق إلى حين صدور الحكم الجزائي.

← إثباتُ الضَّرْب لا يتطلّبُ بالضّرورة حكمًا = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتاريخ 2010/07/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 572240 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2010، الصَّفحَة 278) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا يتمّ، في دعوى التطليقِ للضرر المعتبَر شَرْعًا، إثباتُ الضرب والجرح بحكم جزائي فقط}، وفي قضية الحال اكتفى قاضي المَوْضُوع بالشهادتين الطبيّتين وعدم إنكار الطاعن.

← الشّهَادةُ الطّبّيّةُ وَحْدَهَا لاَ تَكفِي لِلإثبَات = قـرَارُ المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة وَالمَوَاريث بتاريخ 1984/12/03 فَصْلاً في الطّعْن رَقم 34267 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، العدد 1/1990، الصَّفْحَة 79) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصته : {من المقرّر فقهًا أنّ الضّربَ الواقعَ من الزّوجِ على زوجتِهِ لا يَثبُتُ إلاّ بشهَادة شرعية، وأنّ الشّهادة الطّبّيّة لا مجال للاعتماد عليها شرعًا، ذلك أنّ الطبيبَ شخصٌ واحدٌ لمْ يشاهد الضّربَ وإنما يَشهدُ فقطْ بما يراهُ على جسم المضرُوب، ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعُون فيه بما تثيرُهُ الطّاعنة في غير محلّه ويستوْجبُ الرّفض. ولما كان سُكُوتُ قضاة الاستئناف في قرارهم المطعون فيه عنْ مناقشة الشهادة الطّبّيّة المُدْلَى بها هو بسبب أنّه لا فائدة منها شرعًا، وبذكرهم أنّ المدعيةَ لم تأتِ بما يُثبتُ ادّعاءَها، كانوا قد أعطوا الجوابَ الكافي وطبّقُوا أحكامَ الشريعة التّطبيقَ الصّحيح}.

← منْ صُوَرِ الضَّرَرِ المعتَبَرِ شَرْعًا غيَابُ العَدْلِ بيْنَ الزَّوْجَاتِ = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصَّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/07/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 356997 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2006، الصّفْحَة 441) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : عدم العدل بين الزّوجات يشكّل الضّرر المعتبر شرْعًا طبقا للفقرة 6 من المَادّة 53 من قَانُون الأُسْرَة، ويبرر بالتّالي حقّ الزّوجة المتضرّرة في طلب التّطليق}.

← الهَجْرُ في المضْجَع = قرَارُ المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/02/11 فَصلاً في الطّعن رَقم 480240 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2009، الصّفْحَة 279) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يعدّ الهجر في المضجع، في حالة تعدد الزوجات، دليلا على انعدام نيّة العدل، يبرّر طلب الزّوجة المتضرّرة التّطليق}.

← طُولُ أَمَدِ النّزَاع يُضِرُّ بالزّوْجَة وَيُجيزُ التّطْليق = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شؤُون الأسْرَة بتَاريخ 1985/05/20 فَصلاً في الطّعن رَقم 36414 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عَدَدهَا رَقم 2/1990 الصّفحَة 58 وَقد جَاءَ فيه ما خلاصته : {من المقرر شرعًا أنه إذا طالَ أمد النزاع بين الزوجين ولحق الزوجةَ من ذلك ضررٌ بَيّنٌ واقتنعَ القضاةُ بضرورة التفريق بينهما فإنه لا سبيلَ من حالٍ إلا بفكّ الرّابطة الزوجية، ومن ثم فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بالقصور أو تناقض الأسباب ومخالفة أحكام الشّريعَة الإسْلامِيّة في غير محلّه يستوجب رفضه. ولما كان ثابت، في قضية الحال، أن النزاعَ بين الطرفين طال أمدُه وبقي كلٌّ منهما مصرٌّ على موقفه، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بالتفريق بين الزوجين كان قرارُهم سليمًا وغير مخالفٍ لأحكام الشّريعَة الإسْلامِيّة أو لمبدأ حجيةِ الشيءِ المقضِي فيه}، وجاء في صلب القرار : (فملاحقةُ الزوج زوجتَه وإصرارَه على إخضاعِها لإرادتِهِ وسجنِها ما يزيدُ على تسع سنواتٍ هو



إضرارٌ بها وعملٌ تأباهُ الشّريعةُ الإسلاميّةُ ويرفُضُه المنطقُ ويجافيه العدلُ والإنصاف).

← الشّقاقُ المستمرُّ بين الزّوْجيْن = قرار المَحكمة العُليا الصّادر عنْ غرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 1996/09/24 فصلاً في الطّعن رقم 139353 (منشور بالمجلّة القضائية، العَدد 2/1997، الصّفحة 96) وقد جاء فيه: {المبْدأ: من المستقرّ عليه أنّ استفحالَ الشّقاق بين الزّوجين يقتضي التفريقَ القضائي شرْعًا. ولمّا كانَ الثّابتُ، في قضيّة الْحال، أنّ المطعونَ ضدَّها تضرّرت من جرّاء **استفحالُ الخصام مع زوجها** لمدّة طويلة مما نتج عنه إصابتُها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهُما، فإنّ القضاةَ بقضائهم بتطليق الزّوجة لهذا السبب الكافي للتفريق القضائي طبّقوا صحيح القانون} (جاء في القرار أن الطاعنَ لم يسعَ إلى تنفيذ حكمٍ سابق بالرجوع، وإصابة المطعون ضدها بنوبات عصبية ثابتة بشهادات طبية).

← ثبوتُ الشّقَاق المستمرِّ بين الزوْجَين = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/07/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 624622 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2012، الصّفْحَة 227) وَقَد جَاءَ فيه: {الْمَبْدَأ: يثبت الشقاقُ المستمرّ من خلال ما يَظهر من الحياة الزوجية والخُصومات القضائية بين الطّرفيْن. **لا يكفي الخلاف الظّاهر في جلسة الصُّلْح** لثبوت الشقاق المستمرّ والاعتماد عليه في التّطليق}. وفي القرار جاء:

" حيث أنه يتبيّن بالرّجوع فعلا إلى الحكم المطعون فيه أنّ المحكمة أسّست حكمَ التطليق على أنه ثبت لديْها من خلال الحضور الشخصي وتصريحات الطرفين أنّهما في حالة شقاقٍ مستمرٍ وغيْبة الطّاعن المستمرّة، ممّا يجعل طلب التّطليق مؤسّسًا قانونا.

وحيث أنّ هذا التسبيب قاصرٌ ولا يفيدُ احترامَ نص المَادّة 53-8 من قانون الأُسْرَة التي تنصّ على أنه يجوز للزوْجة أنْ تطلب التّطليق للشّقاق المستمرّ بينها وبيْن زوجها، وكان على المحكمة أنْ تبيّن كيْف توصّلتْ إلى حالة الشّقاق المستمرّ، ولا يكْفي ما يدور في جلسة الصُّلح من نقاش وخلافٍ بين الطّاعن وبين المطعون ضدّها للحكم على ذلك بأنّه شقاق مستمر، لأنّ الشّقاق المستمرّ يجب أنْ يظْهر من خلال الحياة الزوجية بيْن الطّرفين والخصومات القضائية بينهما، ولا يظهر من الحكْم المطعون فيه أنّ المحكمة أشارت إلى ذلك.

وحيث أنه فيما يخصّ الغيْبة المعتبرة كما جاء في الحكْم المطْعون فيه، فلمْ تبيّن المحكمة ذلك ولا كيْفية معاينة الغيْبة.

وعليه فإن هذين الوجهين مؤسسان وينجرّ عنهما نقْض الحكْم المطْعون فيه".

➔ تقْدِيرُ الضَّرَر المعْتبَر شَرْعًا كسببٍ للتطليق يَخضعُ للسلطة التقديرية للقاضي = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1991/02/20 فَصلاً في الطّعن رَقم 75588 (منْشُور بالمَجَلّة القضَائية، العَدَد 4/1993، الصّفْحَة 78) وَقَد جَاءَ فيه: {المَبْدَأ: مِنَ المُقَرّر قَانُونًا أنه يجوز طلب التّطليق لكلّ ضرر مُعتبَر شَرْعًا ولاسيما عند مخالفة شروط تعدد الزّوجات أو التّوقّف عن النّفقة أو أيّ ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزّوجية. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزّوجة بسبب بقائها مدّة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوّجة ولا هي مُطلّقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كلّ أثاثها منه، واستحالت الحياة الزّوجية، فإن القضاة كما حكموا طبّقوا صحيح القانون}.

➔ فَشَلُ مُحَاوَلاَت الصُّلْح ورَفْضُ الزّوْجَة للرّجُوع إلى بيْت الزّوْجية تَسمَحُ بالتّطْليق = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة

الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 2001/07/18 فصلاً في الطّعن رَقم 269594 (مَنشُور بالمَجلّة القضائية، العَدَد 1/2003، الصّفْحَة 349) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : إن القضاءَ بتطليقِ الزّوجة بسببِ تضررها من تصرفاتِ الزوج وعدمِ تحقق الهدفِ من الزّواج طبقًا للمادة 4 من قانون الأُسْرَة هو تطبيقٌ سليمٌ للقانون}، وجاء في حيثيات القرار «إن المطعون ضدّها لوْ لمْ تتضرر من معاشرة الطاعن لمّا هجرت منزل الزوجية ورفضت الرجوع له رغم إنجاب ثلاثة أولاد ... إن المطعونَ ضدّها صَمّمت على طلب التطليق رغم دعوة قاضي الدرجة الأولى طرَفيْ النزاع إلى التصالُح واستئناف الحياة الزوجية بينهما الأمر الذي يتعذّر معه إجبارُها على مواصلة الحياة الزوجية مع الطاعن»، وقد كان بالإمكان في مثل هذه الحالة التي تعجز فيها الزوجة على إثبات الضرر اللّجوءُ إلى تعيين حَكَمَيْن يكون لهما القول الفصلُ في المسألة عملا بأحكام الْمَادّة 56 من هذا القانون.

➔ قضايَا التّطْليق من قضايَا الحَالة لا تخْضَعُ لحُجّيّة الشّيْءِ المقْضِي = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/09/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 342470 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، الْعَدَد 1/2005، الصّفْحَة 409) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدأ : لا يمنعُ صدورُ حكمٍ قضى برفضِ دعوى التطليق من رفعها من جديد، عند توفّر الأسباب، لعدم خضوعِ قضايا الحالة لقاعدة حجية الشيء المقضي به}.

➔ الغيَابُ عن جلسَة الصُّلْح لا يَكفِي لإثباتِ الضَّرَر = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/09/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 654972 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2011، الصّفْحَة 294) وَقد جاءَ فيه : {الْمَبْدأ : لا علاقة لجلسة الصُّلح بقواعد الإثبات. لا يُعدّ غيابُ الزّوج عن جلسة الصُّلح دليلا على توفر الضرر المعتبر شرْعًا المبرّر للتطليق}.

➜ طلبُ التّطْليق يُرْفَعُ بدعْوَى مُسْتقلّة وليْسَ كطلبٍ مُقابل = المَحكَمَة العُليَا في قرارها الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/09/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 647108 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2012، الصّفْحَة 309) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : ترفع دعوى التطليق أو دعوى الخلع بدعوى مستقلة. لا يكون التّطليق أو الخلْع محلّ طلب مقابل، ما لم يوافق الزّوج عليه من دون قيد أو شرط}. وما ذهبت إليه المحكمة العليا مجرّد اجتهاد لا يستند على أي نص قانوني لأن طلب الرّجوع وطلب التّطْليق أو الخلْع كلها طلبات تتعلق بموضوع العصْمة الزّوْجية وليس هناك أي مانع إجرائي من دراستها والفصل فيها في إطار دعوى واحدة.

➜ من الخُلْع إلى التّطْليق (لا) = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2013/05/09 فَصلاً في الطّعن رَقم 0850047 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2013، الصّفْحَة 291) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يتعيّن على المحكمة التقيُّدُ بالدعوى التي انعقدت الخصومة بشأنها. لا يجوز تغيير مَوْضُوع الدعوى من دعوى الخُلع إلى دعوى التّطليق}. وما ذهبت إليه المحكمة العليا من منع المدعية من تغيير طلبها من الخلع إلى التطليق هو مجرّد اجتهاد لا يستند على أي نص قانوني لأن الخلعَ أو التطليقَ أو مناقشةَ الطلاق كلها تندرج ضمن موْضوع واحد هو العصْمة الزّوْجية وليس هناك مبرر قانوني أو منطقي لدعوة المدعية إلى رفع دعوى جديدة بطلب التطليق بعد أن رفعت دعواها بالخلع.

➜ طلبُ التّطْليق قبْل الدّخول (نعم) = قرار المحكَمَة العُليَا الصّادر عن غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة والمَواريث بتَاريخ 2014/07/10 فصلاً في الطّعن رَقم 0952658 (منشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2014، الصّفْحَة 282) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يحقُّ للزوجة طلب التطليق،

قبل الدخول، بسبب الحُكم على الزوج من أجل جريمةٍ ماسّة بشرف الأُسْرَة واستحالة تحقيق الهدف من الزواج}.

❖ وهو تأكيدٌ لموقفِها المذكور في قرارها الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتاريخ 1999/03/16 فَصْلاً في الطّعْن 217179 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوال الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 122) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {مَتى تبيّنَ في قضيّة الْحال أنّ الطّاعنَ عقد على المطْعون ضدّها لمدّة طويلة ولمْ يقمْ بإتْمام الزّواج بالبناء بها فإنّ الزّوْجة تضرّرت خلال هذه المدّة ماديّا ومعنويًا ممّا يثبت تضرُّرَها شرعًا طبْقًا لأحْكام المادة 53 من قانُون الأسْرَة، وعليه فإنّ قضاة الموْضوع بقضائهم بتطْليق الزّوْجة وتعويضها على أساس تعسّف الزّوْج وثبوت الضّرر طبّقوا صحيح القانون}.

➜ يجبُ إثبَاتُ الضّرَر للْحُكْم بالتّطْليقِ وليْس مُجَرّدُ عَدَم الرّغْبَة في البَقَاء مع الزّوْج = قرار المحكمَة العُليَا الصّادر عن غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة والموَاريث بتَاريخ 1985/02/25 فصلاً في الطّعن رَقم 35891 (منشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1989، الصّفْحَة 80) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المبادئ المستقرّ عليها في الشريعة الإسلامية أن الزوجةَ لا تُطلّق جبرًا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضررَ الحاصلَ لها بالوسائل الشرعية، ولا تعدّ عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببًا لتطليقها منه. ولقضائه بما يُخالف هذا الْمَبْدَأ الشرعي، يستوجب النقضَ القرارُ الذي يقضي بتطليق الزوجة إذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها}.

➜ مُجَرّدُ تَصْميم الزّوْجَة على التّفْرقَة دُون إثْبَات الضَّرر لا يَكْفِي للتّطْليق = قرَار المَحكمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة وَالموَاريث بتَاريخ 1984/12/17 فَصْلاً في الطّعْن رَقم 34767 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، العدد 1/1990، الصَّفْحَة 92) وَقَد جَاءَ فيه

مَا خُلاَصته : {متى كان من المقرّر شرعًا أنّه لا يسوغ للزّوْجة أنْ تطْلب التّطْليق أو الْحصول عليْه إلاّ بعْد أنْ تثبت الضّرر الخطير والمستمرّ الذي لحقها منْ بعلها ومنْ ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبْدأ يعدّ خرقا لمبادئ الشّريعَة الإسْلاميّة. ولما كان الثابت في قضية الحال أنّ قضاة الاستئناف برّروا قرارهم بالتّطليق على مجرّد تصْميم الزّوْجة على التّفرقة بينها وبين زوْجها وعلى استحالة الحياة المشْتركة فإنّ هذا التبْرير يُعَدّ مخْطِئًا ولا يكْفي للتّطليق، ممّا يستوْجب معه نقْض وإبْطال القرار المطْعون فيه تأْسيسا على الوجْه المثار بمخالفة هذا المبدأ}.

← الزّوَاجُ السّابقُ للزّوْج أوْ كِبَرُ سِنِّهِ ليْسَا ممّا يُجيزُ طَلَبَ التّطْليق = قرار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأسْرَة بتَاريخ 1986/11/03 فَصلاً في الطّعن رَقم 42681 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُلْيَا في عَدَدهَا رَقم 2/1989 الصّفحَة 94 وَقد جَاءَ فيه ما خلاصته : {من المقرر فقهًا وقضاءً أن الزواج الصحيحَ المنعقدَ شرعًا لا يُفسَخ ولو قبل البناء إلا لأسبابٍ محدّدة. ليس الفسخُ خاضعًا لرغبةِ أحد الزوجين، كما أن زواجًا واحدًا أو أكثرَ للرجل أو كِبَرُ سنّه ليس مما يجيز تطليق الزوجة جبرًا عن زوجها. والقضاءُ بما يخالفُ هذه الأحكام يستوجب نقضَ القرار الذي قضى بإبطال زواج الطاعن بالمطعون ضدها تأسيسًا على زواجه السابق بغيرها سببا لتطليقها}.

← هناكَ حالةٌ أخرَى للتطليق أشار إليهَا فقهاءُ الشّريعَة الإسْلاميّة وهي حالة المَفْقُود، فيَأْمُرُ القاضي أو الحاكمُ بالبحث عنه فإن لم يَظهر لهُ أثرٌ يُضرَبُ لَهُ أَجَلُ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ رفع الدعوى، وبعدها يتمّ التّصريح بفقْدانه وتَعْتَدُّ الزّوْجة كَعِدَّةِ المَيِّتِ (وأمّا توْريث ماله فله أحْكام أخْرى).

> الْمَادَّة 53 مُكَرَّر : (أُضِيفَتْ بِالأَمْر رَقْم 05-02 المؤرَّخ في 27 فبْرَايِر 2005)
>
> يَجُوزُ للْقَاضِي فِي حَالَةِ الْحُكْمِ بِالتَّطْلِيقِ أَنْ يَحْكُمَ للْمُطَلَّقَة بالتَّعْويض عَن الضَّرَرِ اللاَّحِق بهَا.

← التَّطْلِيقُ والتَّعْوِيضُ (نعم) = قَرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصَّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشَّخْصيَّة بِتَارِيخ 1997/12/23 فَصلاً فِي الطَّعن رَقم 181648 (مَنْشُور بالمَجلَّة القَضَائية، العَدَد 1/1997، الصَّفْحَة 49) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا أنه "يحقّ للزوجة أن تطلب التطليق لكلّ ضرر معتبر شَرْعًا"، ومن المقرّر أيضا أنه "في حالة الطلاق يَحكُمُ القاضي بالتّعويض للطرف المتضرّر". ولما كان ثابتًا أنّ الضّررَ اللاّحق بالزّوْجة كان مبالغًا فيه من طرف الزّوْج فإنّ تطْليق الزّوْجة وحْده لا يكْفي لجبْر الضّرر وتعْويض الأضْرار اللاّحقة بها، فإنّ الْقضاة بقضائهم بتعويض الزّوْجة نتيجةَ إثبات الضّرر من الزّوج طبْقًا لأحْكام الْمَادّة 55 من قَانُون الأُسْرَة قد طبّقُوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن}.

← قرَار المَحكَمَة الْعُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَارِيخ 1998/07/21 فَصْلاً فِي الطَّعْن 192665 (مَجلَّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 116) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {متى تبيّن، في قضية الْحال، أنّ الزّوْجة طَلبت التّطْليقَ لتضرّرها منْ ضرب الزّوْج وطردها وإهْمالها مع أوْلادها وعدم الإنفاق عليْهم، الأمْر الذي يجعْلُها محقّةً في طلب التّطْليق والتّعْويض معًا لثبوت تضرّرها، وعليه فإنّ قضاة الموْضوع لمّا قضوْا بتطْليق الزّوْجة وتعْويضها طبّقُوا صحيح القانون}.

← وأيْضًا (التّطْليق مع التّعْويض) = قرَار المَحْكَمَة الْعُلْيَا الصَّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَارِيخ 2000/06/20 فَصْلاً في الطَّعْن

245159 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 259).

الْمَادّة 54 : (عُدِلَتْ بالأمر رَقم 02-05 المؤرَّخ في 27 فبْرَاير 2005)

يَجُوزُ للزَّوْجَةِ دُونَ مُوافَقَةِ الزَّوْجِ أَنْ تُخَالِعَ نَفْسَهَا بِمُقَابِلٍ مَالِي.

إذَا لَمْ يَتَّفِقِ الزَّوْجَان عَلَى المقَابِلِ المَالِي للْخُلْعِ، يَحْكُمُ القَاضِي بِمَا لا يَتَجَاوَزُ قِيمَةَ صَدَاقِ المثل وَقْتَ صُدُورِ الحُكْم.

← وَقَدْ كَانَتْ الْمَادّة 54 مُحَرَّرَةً في ظلِّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤَرَّخ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{يجوز للزوجة أنْ تخالع نفْسها من زوْجها على مالٍ يتمّ الاتّفاق عليه، فإنْ لمْ يتفقا على شيْءٍ يَحكُمُ القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم}.

← الْخُلْعُ = الخلْعِ بالرّفْع اسْمٌ ومصْدرُه الخَلْعُ بفتح الخاء، ومعناهُ النّزْع، ويُعَرِّفُهُ فقهاءُ الْمَالِكِيّة بأنّه : "إزالَةُ الْعِصْمَةِ بِعِوَض مِنَ الزَّوْجَةِ أَوْ غَيْرِهَا."، أو أنه : "طلاقٌ بِعِوَض"، والخُلْعُ طلاقٌ وليس فسخاً في أشهر وأقوى أقوال الفُقهاء، ويُعتبَرُ طلْقةً واحدة بائنة لا رجعةَ فيها وتُحسب من عدد الطلقات التي يَملكُهَا الزوج، وأصل الْخُلْع قول الله تعالى : (الطلاقُ مَرّتان، فإمساكٌ بمعروفٍ أو تسريحٌ بإحسان، ولا يحلّ لكم أن تأخذوا ممّا آتيْتمُوهُن شيْئاً إلا أنْ يخافا ألاّ يُقيمَا حدودَ الله، **فإنْ خفتُمْ ألاّ يُقيمَا حُدُودَ الله فلا جُنَاحَ عليْهمَا فيمَا افتَدَتْ به**، تلْك حدودُ الله فلا تعْتدوها، ومنْ يتعدّ حدودَ الله فأولئك هم الظّالمون) البقرة-الآية 227، ولقول رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ "إقْبَل الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً".

← الْخُلْعُ حقّ للزّوْجة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخصيّة بتَاريخ 2011/09/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 656259

(مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2012، الصّفْحَة 318) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : الخُلْعُ حقٌّ إرادي للزّوْجة يُقابل حقّ العصمة للزّوْج}.

➔ يجبُ الحُضُورُ الشّخْصِي لطالبةِ الخُلْعِ في جلْسةِ الصُلْح = قرار المحكَمَة العُليَا الصّادر عن غرفَة شُؤُون الأُسْرَة والمَواريث بتَاريخ 2014/07/10 فصلاً في الطّعن رَقم 0950026 (منشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2014، الصّفْحَة 278) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يُعَدّ مخالفةً لقاعدة جوْهرية في الإجراءات، القضاءُ بالخلْع، بالرّغم من عدم حضور الزّوْجة جلْسةَ الصُلْح واكتفائِها بإنابة محاميها، الوكيلِ عنها بوكالة رسمية}، وجاء في حيثيات القرار :

"حيث أن المَادّة 49 من قانون الأُسْرَة توجب إجراء محاولات للصّلْح قبْل القضاء بحلّ عقْد الزواج سواء بالطّلاق أو بالتّطليق أو بالخلْع، وهو إجْراء جوْهري وفقا لنص المَادّة 439 من قَانُون الإجْرَاءَات المَدَنيّة وَالإدَاريّة، ويتمّ وفْقا للإجراءات المنْصوص عليها في المَادّة 440 وما بعدها من نفس القانون، وبالتالي **لا يمْكنُ بأيّ حالٍ إيقاعُ الطّلاق مهما كان وصْفُه في غياب الزّوْج طالب حلّ عقْد الزّواج وعدم حضوره جلْسة الصُلْح** والاستماع إليه، كما لا يُمكن أنْ ينوبه أحدٌ في جلسات الصُلْح مهما كان نوْع الوكالة : عامّة أمْ خاصّة رسميّة أمْ غير رسمية، لأن الغايةَ من حضور جلسات الصُلْح فضلاً عن محاولة إصلاح ذات البيْن هو تأكُّدُ المحكمة من إرادة الزوج في طلَب حلّ عقد الزواج وفقا لنص المَادّة 450 من قَانُون الإجْرَاءَات المَدَنِيّة وَالإدَاريّة، وخاصة التّأكُّد منْ أنّ هذه الإرادة صحيحة خالية من عيوب الإرادة وخاصة الإكراه، وأنّ المحكمةَ بقضائها بالخلْع دون حضور المدّعية المطعون ضدّها واكتفائها بإنابة محاميها لها الوكيل عنها بوكالة رسمية قدْ خالفت قاعدة جوْهرية في الإجراءات فعلا وعرّضتْ بذلك حكمَها للنقض". وهذا التشدّد

من المحكمة العليا في منع أيّ توكيل في مسائل فكّ العصْمة الزّوْجية لا يستند على أيّ نصّ قانوني بلْ فيه تعطيلٌ لأحكام الوكالة كما هو منصوصٌ عليها في المواد 571 وما بعدها من القانون المَدَني وخصوصًا المادة 574 التي تنص على التوكيل من أجل المرافعة أمام القضاء.

← وُجُوبُ تَحديد مَبْلَغ الْخُلْع = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/10/17 فَصلاً في الطّعن رَقم 275497 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العْدَد 2/2004، الصّفْحَة 353) وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : تحديدُ مبلغ الْخُلْع عنصرٌ أساسيٌّ في الطلاق بالْخُلْع، يحدّدُه القاضي وجوبًا في حالة اتّفاق الطّرفيْن عليه}، وفي قضية الحال كانت المحكمة قد قضت في 2001/01/29 «بالطّلاق بيْن الطّرفيْن عن طريق الْخُلْع وبحفظ حقّ المدّعَى عليه في طلب مقابل الْخُلْع، وبإلْزامه بدفْع مبْلغ .. إلى المدعية نفقةَ عدةٍ وإهمال .»، وجاء في حيثيات قرار المحكمة العليا أنه في مثل هذه الحالة يتعيّنُ تدخّل قاضي المَوْضُوع في تحديد مبْلغ الْخُلْع إنْ لمْ يتّفقْ الطّرفان عليه.

← القَاضي يُقَدّر مَبْلَغ الخُلْع في حَالة الاخْتلاف = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1985/04/22 فَصلاً في الطّعن رَقم 36709 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العْدَد 1/1989، الصّفْحَة 92) وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المتفق عليه فقهًا في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخُلع والاختلاف على مقداره فإن أمرَ تقديرِه يعودُ لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يُعتبَرُ اتفاقًا على مبدأ الطلاق بخلع، ومن ثمّ يتعيّن على القاضي تقدير قيمة الخلع ثُمّ الحكم بالطلاق. وتأكيدا لهذا الْمَبْدَأ يستوْجب النّقضَ القرارُ الذي يقضي برجوع الزوجة لمحلّ الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلْعٍ على مقدارِ صداقِها

واشتراط الزّوج خلعًا قدره 50 ألف د.ج، رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معًا}.

← وُجُوبُ تحديد مبلَغ الْخُلْع = قرار المحكمة العُليا الصّادر عَنْ غرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 2006/10/11 فصلاً في الطّعن رَقم 365244 (مَنشُور بالمجلة القضائية، العَدد 1/2007، الصّفْحة 467) وَقد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا يُمكن القضاءُ بحفظ بَدل الْخُلْع، والقاضي ملزمٌ بالحكم به عند النُّطق بالطّلاق خلعًا، سواء اتّفق الطرفان عليه أم اختلفا}.

← قبل تعديل 2005 كان القانونُ يَعتبر أنّ الْخُلْعَ لا يتمُّ إلا باتّفاق الطّرفين، وهو ما ذكّرَ به قرارُ المحكمَة العُليَا الصّادر عن غُرفَة الأحوال الشّخصيّة بتَاريخ 1984/06/11 فصلاً في الطّعن رَقم 33652 (منشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 3/1989، الصّفْحَة 38) وَقد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : متى كانَ من المقرر شرْعًا أنّ الْخُلْع يُعتبَر عقدًا رضائيًا، ولا يجوزُ حينئذٍ للقاضي أن يَحْكُمَ به من تلقاء نفسه، فإنّ القضاءَ بما يُخالفُ أحكامَ هذا الْمَبْدَأ يُعدُّ انتهاكًا لقواعد الشّريعة الإسلامية في الْخُلْع. فإذا كان الثابتُ من الحكْم المستأنَف ومن القرار المطْعون فيه أن قضاةَ المَوْضُوع قد حَكَمُوا بالْخُلْع وبتحديد مبلغه دون وقوع أيّ اتّفاقٍ عن ذلك بين الزّوْجين، وكان الزّوْجُ غير راضٍ بمبلغ الْخُلْع المحكوم به، وأن الزوجةَ طَلَبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك، فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالْخُلْع تلقائيا انتهكوا قواعد الشّريعَة الإسْلاميّة}.

❖ وهو ما جاء أيضًا في قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1988/11/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 51728 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، الْعَدَد 3/1990، الصّفْحَة 72) وَقد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المقرّر فقهًا وقضاءً أنّ قَبُولَ الزّوْج للْخُلْع أمرٌ وُجُوبيّ،

وأنْ ليْسَ للقاضي سلطة مُخالعةُ الزوجَين دون رضا الزوج، ومنْ ثمّ فإنّ القضاءَ بما يُخالفُ هذا المَبْدأ يُعدّ مخالفا لأحكام الفقه. ولمّا كانَ الثّابتُ، في قضيّة الْحال، أنّ المطعون ضدّها طلبت التطليق، ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولاً من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الْخُلْع يعدّ مخالفا للقواعد الفقهية الخاصّة بالْخُلْع}.

❖ وهو ما جاء أيضًا في قرار المَحْكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 1991/04/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 73855 (مَنشُور بالمَجلّة القضائية، العَدَد 1993/2، الصّفْحَة 55) وَقَد جاءَ فيه {المَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا وقانونًا أنه يُشترَطُ لصحّة الْخُلْع قبولُه من طرف الزّوج ولا يجوز فرضُهُ عليه من طرف القاضي، ومنْ ثمّ فإنّ القضاءَ بما يُخالفُ هذا المَبْدأ يُعدّ خرقًا لأحكام الْخُلْع وخطأ في تطبيق القانون. ولمّا كانَ الثّابتُ، في قضيّة الْحال، أنّ قاضي المَوْضُوع فَرَضَ على الزّوج (الطاعن) الْخُلْعَ وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخّل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الْخُلْع، يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تَطبيق القانُون}.

← ومع ذلك فإنّ المحْكمة العليا في قراراتٍ أخْرَى (قبل تعديل قانون الأسْرَة) اعتبرتْ أنّ الْخُلْعَ لا يتطلّبُ موافقةَ الزّوْج = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخصيّة بتَاريخ 1996/07/30 فَصلاً في الطّعن رَقم 141262 (مَنشُور بالمَجلّة القضائية، العَدَد 1998/1، الصّفْحَة 120) وَقد جاءَ فيه {المَبْدَأ : مِنَ الْمُقرّر قانُونًا وشَرْعًا أن "الخلعَ حقّ خوّلتهُ الشّريعَةُ الإسْلاميّة للزوجَة لفكّ الرّابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا". ومن ثمّ فإن قضاة المَوْضُوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعًا وحِفْظِ حق الزوج في التعويض رغم تمسّكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبّقوا مبادئَ

الشَّرِيعَة الإسْلاميَّة ولم يُخالفوا أحكامَ المَادَّة 54 من قانون الأسْرَة (قبل تعديل 2005 الذي كرَّس هذا المسلك صراحةً)}.

← ليسَ مشْرُوطًا قبولُ الزَّوجِ لمبدأ الخُلْع أوْ تحْديدُ المبْلَغ = قرار المَحكَمَة العُلْيَا الصَّادر عَنْ غرفة الأحوال الشَّخصيَّة بتاريخ 2000/11/21 فصلاً في الطعْن رَقم 252994 (مَنشُور بالمجلَّة القضائية، العَدَد 1/2001، الصفْحَة 293) وقَد جاءَ فيه : {المَبْدأ : إنّ قبولَ الزَّوج لمبدأ الخُلْع أو المبلغ الذي يَطلبه غيرُ مشروطٍ قانونًا وذلك منعًا للابتزاز والاستغلال بين الزّوجين}، وجاء في حيثيات القرار :

{حيث أنه بالفعل فقد جاء في القرار المنتقد بأن الطاعنةَ لمْ تقترحْ حتّى مبلْغ الخُلْع الذي تعرضه على المطْعون ضدّه، وبهذا الفهْم يصبح الخُلْع وكأنّه بيعٌ بالمزاد العلني خصوصًا وأنّ الطاعنةَ قد تنازلتْ عنْ جميع حقوقها وأنّ طلبَ التّطليق أمام القاضي الأوّل كان على أساس الضّرر الذي لحقها منْ عدم البناء بها بسبب مماطلة الزّوْج، وبذلك فقدْ أصْبحتْ هي المتضرّرة وليْس المطعون ضدّه.

حيث أنّ المَادّة 54 من قَانُون الأُسْرَة (قبل تعديل فيفرى 2005- المؤلف) لا تَشْترطُ قبولَ الزّوج لمبدأ الخُلْع ولا للمبلغ الذي يطلبه منعًا للابتزاز والاستغلال، وعلى هذا فالقرارُ المنتقدُ بتأييده للحكم المستأنف القاضي برفض دعوى التطليق كما أن رفضَه لطلب الخُلْع الذي تقدّمت به الطاعنةُ في طوْر الاستئناف على أساس أنها لم تَعرِضْ مبلغًا معيّنا لا يقوم على أيّ أساس قانوني أو شرعي، وعليه فالوجه مؤسس}.

❖ وهو تأكيدٌ لموقف المحكمة العليا الوارد في قرار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1992/07/21 فَصْلاً في الطّعْن 83603 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأحْوَالِ الشّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 134) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه :

{إنّ المادّة 54 من قانُون الأسْرَة (قبل تعديل فيفري 2005-المؤلّف) تسْمح للزّوجة بمخالعة نفسها من زوْجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتّفق الطّرفان على نوْع المال وقدْره وفي حالة عدم اتّفاقهما يتدخّل القاضي لتحْديده على ألاّ يتجاوزَ ذلك قيمةَ صداق المثل دُون الالْتفَاتِ إلى عَدمِ قبُولِ الزّوْجِ بالخُلْعِ الذي تطْلبه الزّوْجة لأنّ ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسّف المنْوعين شرعًا. وعليه فإن قضاة الموضوع، في قضية الحال، لما قضوا بتطْليق الزّوْجة خلعًا دون موافقة الزّوج طبّقوا صحيحَ القانون}.

❖ وأيْضًا قرارُها الصّادِر عنْ غُرفة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1999/03/16 فَصْلاً في الطّعْن 216239 (مَجلّةِ المَحْكمَةِ العُلْيا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 138).

← الْخُلْعُ قَبلَ الدُّخُول = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/06/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 258613 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2006، الصّفْحَة 421) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : طلب الْخُلْع حقٌّ للزّوجة بعد الدخول وليس قبل الدخول}، ولم يُبيّن قرارُ المحكمة العليا سَنَدَ هذا الاجتهاد، والظاهر من أحكام الفقه الإسلامي أن الْخُلْع ليس مرتبط بالدخول.

← الْخُلْعُ كَطَلَبٍ مُقَابل (لا) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/07/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 353851 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2006، الصّفْحَة 427) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا يقبل طلب الْخُلْع المقدّم عن طريق طلب مقابل}، وجاء في حيثيات القرار أن «الطاعن هو الذي أقام الدعوى من أجل رجوع المطعون ضدها إلى بيت الزّوجيّة بغية لمّ الشّمل إلا أنها قابلت طلبه بالرفض وطالبت بخلعها ... والمحكمة العليا قد سارت على اجتهادٍ مفادُهُ عدمُ إضرار أيّ شخْص من دعواه،

وإذا كانت المطعون ضدّها تدّعي ضررًا أو ترومُ إلى طلب الْخُلْع أن تتخذَ ما تراه مناسبا، ومن ثمَّ يكون القاضي الأول لما استجاب لطلب المطعون ضدّها الْخُلْع بمجرّد طلبٍ مقابلٍ قد أضرّ بالطاعن وخالف القانون». وهو ما أكدته المَحكَمَة العُليَا في قرارها الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2011/09/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 647108 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/2012، الصّفْحَة 309) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : تُرفَعُ دعوَى التطليق أو دعوى الخلع بدعوى مستقلة. لاَ يَكونُ التطليقُ أو الخُلعُ مَحلّ طلبٍ مُقابل، ما لم يوافق الزّوج عليه من دون قيد أو شرط}. وهذا الاجتهادُ من المحكمة العليا ليْس له سندٌ من القانون أوْ مبادئ التّقاضي، بلْ إنّ القول بوجود {اجتهادٍ مفادُه عدم إضرار أي شخص من دعواه} فيه غرابةٌ وخروجٌ عن منْطق العمل القضائي لأنّ من الجائز قانونًا في كلّ فروع التقاضي أنّ منْ يرْفع دعوَى يمْكن أنْ يخْسِر دعواهُ إذا كانت غير مؤسّسة وأن يُحكم عليه بالتعويض إذا ثبت تعسّفه أو تحايله، وأنْ يُحكَم لخَصمه بطلباته المقابلة إذا كانت مؤسسة.

❖ في المذهب المالكي ليس للمختلعة نفقة عدّة إلا إذا كانت حاملا، فقد جاء في كتاب "الفواكه الدواني" لمؤلفه بن مهنا النفراوي وهو مالكي المذهب {وَلا نَفَقَةَ لِلْمُخْتَلِعَةِ إلاَّ فِي الْحَمْلِ}.

◀ جاء في الْمَادّة 115 من مُدَوَّنَة الأُسْرَة المغربية : {للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام الْمَادّة 114 أعلاه}، وجاء في الْمَادّة 120 بعدها : {إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في المقابل، رُفع الأمرُ إلى المحكمة لمحاولة الصُّلح بينهما، وإذا تعذر الصُّلْح، حَكمت المحكمةُ بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعيةً في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة.

إذا أصرّت الزوجة على طلب الخلع، ولمْ يستجبْ لها الزّوْج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق}.

المادّة 55 :

عنـدَ نُـشُوزِ أحَـدِ الـزّوْجَيْنِ يَحْكُـمُ القاضِـي بـالطّلاقِ وَبالتّعْويضِ للطّرَفِ المتضرّر.

➜ نُشُوزُ الزّوْجَة لاَ يَكُونُ إلاّ بِرَفْضِ الامْتثالِ لحُكْمِ الرّجُوع = قـرَار المَحكَمَة العُلْيَـا الـصّادر عَـنْ غُرفَـة الأحـوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1984/07/09 فَصلاً في الطّعن رَقم 33762 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 4/1989، الصّفْحَة 119) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : مَتَى كَانَ من المُقَرّر شَرْعًا أنّ سقوطَ النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بُلّغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحلّ الزّوجية وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها، ومنْ ثمَّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشّريعَة الإسْلاميّة في غير محلّه ويستوجب الرّفض. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ الزوجةَ طالبت الحكمَ لها بالرجوع إلى محلٍّ مستقلٍّ عن أهلِ زوجها تفاديًا لكلّ ما عساهُ أن يلحقها من ضرر، وحُكِم لها بمطالِبها من قضاة المَوْضُوع، فإنّه لا مبرّر لاعتبار الزوجة في حالة نشوز ولا تستحقّ النّفقة المقرّرة لها ما دام لم يثبت نشوزُها}.

◄ وهوَ ما أكّدته أيضًا في قرَارهـا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1986/04/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 40428 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 4/1993، الصّفْحَة 69) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : مِنَ المُقرر قَانُونًا أنّ الطلاقَ المتلفّظ به من قِبَل الزوجة غير جائز ولو تعدّدت ألفاظه، وأنّ النّشُوز لا يَثبتُ إلا إذا حُكم على الزّوْجة بالرّجوع فامْتنعت. ولمّا تبيّنَ من الحكم المؤيّد بالقرار مَوْضُوع

الطّعن الحالي أنّ الزّوْجَ لم يتقدّم بطلب الطّلاق صراحةً وأنّ العصمة بيده، ومع ذلك تمّ الحكمُ بفكّ الرابطة الزّوجية مع حرمان الزوجة من حقّها في نفقة العدة، فإنّ ذلك يُعدّ مخالفًا للشّرع ويستوجب النقض}.

➜ لا يُعتبَرُ امْتناعُ الزّوْجة نشوزًا إلا بعْدَ أنْ يُوفّر لها الزّوْجُ مَطَالِبَها المحْكوم بها عليْه = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفة الأَحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 1987/03/09 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 45311 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 3/1990، الصّفْحَة 61) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تُعتبر ناشزًا نشوزًا تُحرَمُ من أجله من حقوقها الواجبة لها شَرْعًا من جرّاء طلاقه لها، ومن المقرر أيضًا أنّ النشوزَ لا يُعمَلُ به شَرْعًا إلا إذا وفّرَ الزوجُ لزوجته كلَّ مطالبها المحكوم بها لها، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذين المَبْدأين يُعَدّ خَرقًا للقوانين الشرعية. ولَمّا كَانَ الثّابتُ، فِي قَضيّة الْحَال، أنّ الزّوج لمْ يقمْ بواجب الإسْكان المنْفرد عن الضرّة لزوْجته الطّاعنة الذي تضمّنه الحكْم الصّادر لصالحها، ومن ثمّ فإن قضاة المجلس الذين اعتبروها ممْتنعةً عن الرجوع ومؤاخذتها بحرمانها من حقوقها الواجبة لها شَرْعًا يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القواعد الشرعية}.

➜ لا نُشُوزَ فِي حَالة عدم توْفير الزّوْج للمَسْكَن المحْكُوم به = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/11/10 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 653323 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2012، الصّفْحَة 234) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا يعدّ نشوزًا امتناعُ الزّوجة عن الرّجوع في حالة عدم توفير الزّوج المسكنَ المستقلَّ المحكومَ به قضاءً}. وفي قَضِيّة الْحَال استظهر الطاعنُ بمحضر امتناعٍ يشير إلى امتناعِ المطعون ضدها عن الرجوع إلى مقر الزّوجية امتناعًا مطلقًا، غير أن المحكمة العليا أجابته

بقولها : " لكنْ حيث بالرّجوع إلى محضر الامتناع المشار إليْه المؤرّخ في 2008/04/19 لا يتبيّنُ منه أنّ الطّاعنَ وفّرَ لزوجته المسْكن المستقلّ أثاثاً ومعاشاً ومضجعًا عن أهل الزّوج وفق مقتضيات القرار المؤرّخ في 2008/02/27، وأنّ استخلاص حالة النّشوز من عدمها من هذا المحضر يؤول للسلطة التقديرية لقضاة المَوْضُوع، وأنّ النّعي عليهم بمخالفة القانون في غيْر محلّه".

➜ لا نُشُوزَ في حَالة عَدَمِ تَوْفير الزّوْج للمَسْكَن = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2008/10/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 448305 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2010، الصّفْحَة 251) وقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا تتوفّر حالة نشوز الزّوجة عند إقامتها ببيت أهلها وعدم توفير الزّوج السكن}، وفي قضية الحال فإن الزوجَ هو الذي كانَ يقيمُ مع زوجته عند أهلها ولم يوفّرْ سكنًا زوجيا مستقلا.

❖ وهو تأكيدٌ من المَحكَمَة العُليَا لموقفها المسجّل في قرَارها الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1999/02/06 فَصلاً في الطّعْن 213669 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 219)، وقرَارها الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1999/02/16 فَصْلاً في الطَّعْن 218754 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 222).

➜ لا تُعْتَبَرُ الزّوْجَةُ نَاشِزًا إذا اشْتَرَطَتْ حُضُورَ الزّوْج لإرْجَاعها (هَامّ) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1998/02/17 فَصلاً في الطّعن رَقم 184055 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/1998، الصّفْحَة 85) وقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من الثابت شَرْعًا وفقها أنه «في حالة الخصام بين الزّوجين، فإنّ حضور

الزّوج لبيْت أهْل الزّوْجة وطلب رجوعها إلى بيْت الزّوْجية مرغوب لردّ كرامتها لبناء حياة زوجية صحيحة». ولمّا كان الثّابتُ، في قضيّة الْحال، أنّ قضاة المجلس لما قضَوْا بجعل مسؤولية الطّلاق على عاتق الزّوجة باعتبارها ناشز فإنهم أخطأوا في تفسير القانون والشّرع، لأن الزّوجة لا تُعتبر ناشزًا بل اشترطتْ لرجوعها حضور الزّوج إلى بيت أهلها كردّ لكرامتها، وهو الشّرْط الذي تنتفي معه حالة النّشوز بأغلبية آراء الفقهاء، فإنهم أخطأوا في تفسير القانون (نقض بدون إحالة)}.

← لا نُشوزَ إذَا كَانَ امتِنَاعُ الزّوْجَةِ عَن الرّجُوعِ بسَبَبِ تَعَرُّضِهَا للإهَانَة = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/05/19 فَصْلاً في الطّعْن 189324 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 147) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {متى تبيّن، في قضيّة الحال، أنّ المطعون ضدّه قد سبق له وأن رفع دعوى طلاق الطّاعنة على اعتبار أنها مريضة عقليا ثم تراجع عن ذلك وطلب رجوعها من جديد ليتجنّب مسؤوليّة الطّلاق فإنّ امتناع الطاعنة عن الرّجوع بعد إهانتها لا يعتبر نشوزا، وعليه فإن قضاة الموضوع لمّا قضوا بتأييد حكم المحكمة القاضي بالطلاق وتعويض الزّوج لنشوز الزّوجة دون مناقشة الدّفع الذي أثارته الطاعنة فبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصّة أحكام المادة 55 من قانُون الأسْرَة}.

← النّشوزُ يكُونُ بَعْدَ تَنْفيذِ حُكْم الرُّجُوع = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/01/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 476387 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2008، الصّفْحَة 261) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا نشوز إلا بعد تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع وإعطاء مهلة للمحكوم عليها للانصياع له اختياريا، مع مراعاة الإجراءات المعمول بها قضاء}.

➜ لا تُعْتَبَرُ الزّوْجةُ ناشزا بامْتناعها عن السّكن عنْد أقارب الزّوْج = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2000/11/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 251682 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2001، الصّفْحَة 290) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : إن امتناع الزّوجة عن السّكن مع أقارب الزّوج لا يعدّ نشوزًا. وإنّ القضاء بإيقاع الطّلاق على الطّاعنة يُعدّ تعسّفا في حقّها وتستحقّ التعويض جبرا للضرر}.

➜ لا تُعْتَبَرُ الزّوْجةُ ناشزًا إذا اشْترطَتْ سَكنًا منْفردًا عنْ ضَرّتها = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/07/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 364855 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2006، الصّفْحَة 469) وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : اشتراطُ الزوجة الأولى توفيرَ سكنٍ منفردٍ لها للرجوع لا يُشَكلُ حالة نشوز}.

➜ الإنْذارُ بالرّجُوع إلى بَيْت الزّوْجية يَجبُ أنْ يَتمّ بحُضُور الزّوْج وأَنْ تُخَاطَبَ به الزّوْجَةُ شخْصيًّا = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2000/02/22 فَصلاً في الطّعن رَقم 235357 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2001، الصّفْحَة 271) وَقَد جَاءَ فيه : {لكن، وحيث أنه بالرجوع إلى الْمَادّة 102 من قانُون الإجرَاءَات المَدَنيّة (القديم) يتبيّنُ أنّ تبليغَ الأحكام فيما يتعلّقُ بمهلة الاستئناف التي تبدأ من تاريخ التبليغ غير أن الإنذار بعودة الزّوجة إلى مسكن الزّوجية هو غير هذا، لأن هذا الإنذار يترتبُ عليه استئنافُ الحياة الزّوجية فيجبُ أنْ يكونَ بالمودّة والعَطف أيْ أنْ يكون المنفّذ مصحوبًا بالزّوج الذي أُلْزم بأنْ يكون السّعْيُ منه لإرجَاع الزّوْجة إلى مسكنٍ منفردٍ ويترتّب على ذلك مُخَاطَبَةُ الزّوجة شخصيا، وطَلَبُ رُجُوعهَا، وإنْ امتنعت في هذه الحالة يتأكّدُ نشوزها، غير أنّ الْمَحضَرَ المشار إليه لا يبين منه توفّر هذه الإجراءات مما يجعل

النّشوز غير قائم، وإن قضاة الاستئناف بقضائهم يكونوا قد احترموا جميع الإجراءات مما يجعل قرارهم سليمًا والوجه غير مؤسس} (ويا حبّذا لو أن منطوق الأحكام في مثل هذه الحالات ينص على أن يكون رجوع الزوجة بسعي من الزوج وبحضوره).

← لا تَستَحقُّ المطلَّقَةُ التّعْويضَ في حَال نُشُوزِها = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1993/04/27 فَصلاً في الطّعن رَقم 90947 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1994/2، الصّفْحَة 71) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : متى كان مِنَ المُقَرَّر قَانُونًا أنْ يَحكُمَ القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزّوجين فإن القضاءَ بغير ذلك يُعَدّ خرقًا للقانون. ومن ثمَّ فإنّ عدم وجود أيّ سبب واضح يجعل من الزّوجة، في قضية الحال، تلجأ إلى طلب التطليق بعد نشوزها فإن ذلك يُعدّ سببا كافيا لاعتبار الزّوج متضررًا من هذا الطلاق، وعليه فإنّ قضاة المَوْضُوع قد أخطأوا حين قرّروا أنّ الضّرر والتّعويض عنه يكون للزّوجة وحدها، مما يستوجب نقض قرارهم جزئيا وبدون إحالة}.

← نُشُوزُ الزَّوْج = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1981/04/21 فَصْلاً في الطَّعْن 189226 (مَجلَّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 144) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من المقرّر قانونًا أنّه عندَ نُشُوز أَحَد الزّوجَين يَحْكُمُ القَاضِي بالطّلاق والتّعويض للطّرَف المتَضرّر. ومتَى تبيّن، في قضيّة الحَال، أنّ الطّاعن ثبتَ نُشُوزُه بامْتناعه عنْ توْفير السّكن المُنْفرد المحْكوم به للزّوجة فهذا يُعتبَرُ منه نُشُوز طبْقًا لأحكام المادّة 55 منْ قانُون الأسْرَة}.

الْمَادّة 56 :

إذا اشْتَدَّ الْخصامُ بَيْنَ الزّوْجَيْن ولَمْ يَثبُت الضَّرَرُ وَجَبَ تَعْيينُ حَكَمَيْن للتّوْفيقِ بينهُما.

يُعَيِّنُ القَاضي الْحَكَمَيْن، حَكَمًا منْ أهْلِ الزّوْج وحَكَمًا من أَهْل الزوْجَة، وعلى هَذَيْن الحَكَمَيْن أنْ يُقدِّمَا تقريرًا عَنْ مُهمَّتِهِمَا في أَجَلِ شَهْرَين.

➔ هذا مَا يُعرَفُ في الفقهِ الإسْلامِيّ بالتّفْريق للشّقَاق، وأَسَاسُ التّحكيم قولُهُ تعالى : (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا، إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) (سورة النساء 35)، ومهمّتُهُمَا محاولةُ الإصلاح فإنْ تَعذَّرَ ذلك فلهما التفريقُ بينَهما حسب فُقهَاء الْمَالِكِيّة، ومنه ما جاء في كتاب المنتقَى شرحُ الموطّأ لصاحبه سليمان بن خلف الباجي المالكي : "مَا يَحْكُمُ بِهِ الْحَكَمَانِ فَعَلَى وَجْهِ الْحُكْمِ"، فهو مُلْزِمٌ لكل الأطراف تلقائيا، بينما يَعتبرُ الحنفية أن مهمتَهما تقتصرُ على محاولة الإصلاح فقط.

❖ لم يُحدّد القانونُ الشروطَ الواجب توافرها في الحَكَمَيْن ما عدا قولُه أنْ يكون أحدُهما منْ أهْل الزوْج والآخَرُ من أهْل الزوْجة.

❖ لم يبيّن القانونُ مدَى صلاحيات الحَكَمَيْن، وإنْ كان ما يتوصّلان إليْه مُلْزِمٌ أوْ يخْضعُ للسّلطة التّقديريّة للْقاضي.

❖ لم ينص القانونُ على حالة اختلاف الحَكَمَين، وهي المسألةُ التي ناقشها بعض فقهاء الشّريعَة الإسْلاميّة وهم يرون أن القاضي في مثل هذه الحالة يُعيّن حَكَمَيْن اثنين آخرين، ويتجدّد الأمر كذلك إلى غاية وقوع اتفاق يضعُ حدّا للمَوْضوع.

➔ تعيينُ الحَكمَيْن اختيَاري = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/04/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 620084 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2012، الصّفحَة 299) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : القاضي غير مُلْزَم بتعيين الحَكمَيْن في حالة اشتداد الخصام بين الزّوجين وثبوت الضّرر}، وجاء في حيثيات القرار : "قاضي المَوْضُوع قضى بالتطليق اعتمادًا على الشقاق المستمر وطول أَمَدِ النزاع واستحكام الخلاف تأسيسًا على المَادّة 8/53 من قانون الأُسْرَة مستعملاً في ذلك السلطة التقديرية المخوّلَة له قانونًا بما له من ولاية في فحص النزاع وتقدير الضرر الذي تنتفي معه تحقق الحِكمة والغرض من استمرار العلاقة الزوجية في ظِل دوام الأُلْفَة والمحبّة والإخلاص بين الزوجين مما لا يُستَطَاعُ معه دوام العشرة مستدلا على ذلك بأسباب كافية وواضحة".

الْمَادّة 57 : (عُدِّلَتْ بالأَمْر رَقم 02-05 المؤرَّخ في 27 فَبْرَاير 2005) تَكُونُ الأحْكَامُ الصَّادرَةُ في دَعَاوَى الطّلاقِ والتَّطْليقِ والْخُلْعِ غيْرَ قَابلَةٍ للاسْتئنَافِ فيمَا عَدَا جَوَانبهَا الماديّة. تَكُونُ الأحْكَامُ المتعلقَةُ بالْحَضَانَةِ قَابلَةً للاسْتئنَاف.

➔ وَقَدْ كَانَتْ الْمَادّة 57 مُحَرّرَةً في ظلِّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤرَّخ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي : {الأحكَامُ بالطّلاق غيرُ قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية}.

➔ لا يجوزُ اسْتئْنَافُ حُكْم الطّلاق = حسب صياغة النص فإن الأحكامَ القاضية بقَبُول الدّعْوَى أو برَفْضها فيما يتعلّق بدعاوَى الطلاق والتطليق والْخُلْع غير قابلة للاستئناف إلا فيما يتعلق بجوانبها المادية، وأنّ ذلك من النّظام العامّ، وهو ما أكّدته المحكمة العليا في بعض قراراتها ومنها :

❖ قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1989/12/25 فَصلاً في الطّعن رَقم 57752 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضَائية، العَدَد 1991/3، الصّفْحَة 68) وَقد جَاءَ فيه :

{حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبيّن أنّ المجلس قد ناقش في حيثيات قراره مسألة الطلاق مثل قوله أن الزوج مصمم على طلب الطلاق.

حيث أنه لا يجوز استئناف حكم الطلاق، وبالتالي لا يجوز للمجلس مناقشة مسألة الطلاق ولا الحكم فيه إلا في جوانبه المادّية فقط وهذا طبقا لما تنص عليه المَادّة 57 من قانون الأُسْرَة، وكان على المجلس أن يقضي بعدم الاختصاص فيما يتعلق بالطلاق، وأما أنه فصل في الطلاق فيكون بذلك خطأ في تَطبيق القَانون، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القرار المطعون فيه لم يفصل في طلبات المستأنفة الخاصة بالنّفقة وبردّ أثاثها، وكان عليه أن يفصل في طلبها سواء بالإيجاب أو بالسلب، وحين لم يفعل فإنه قد خالف مقتضيات القانون}.

❖ لا يَجُوزُ للمَجلِسِ التَّعَرُّضُ للطّلاق وَلَوْ لإعَادَةِ وَصْفِه = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1991/03/20 فصلاً في الطّعن رَقم 72858 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضَائية، العَدَد 1993/1، الصّفْحَة 55) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقَرّر قَانُونًا أنّ الأحكامَ بالطّلاق غيرُ قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية، ومِنْ ثَمّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا المَبْدَأ يُعَدّ مُخَالفا للقانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ قُضَاةَ المجلس عدّلوا الحُكمَ المستأنفَ لديهم القاضي بالطلاق للخلع إلى الطّلاق بتظليم الزوج يكونوا قد تطرّقوا إلى مَوْضُوع الطّلاق الذي لا يجوز لهم مناقشتُه إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون}.

← نَقْضُ الْقَرَار دُونَ إِحَالَة = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1991/11/26 فَصلاً في الطّعن رَقم 79858 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 3/1993، الصفْحَة 86) وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : متى كان مقررا قانونًا أن الأحكامَ بالطلاق غيرُ قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادّيّة، فإن قضاة المجلس _ في قضية الحال _ بإلغائهم للحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق بين الطرفين خالفوا القواعد الجوهرية للإجراءات}.

← حُكْمُ التّطْليق لا يَقْبَلُ الاسْتئْنافَ إلاّ في جوانبه المادّيّة = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادِر عَنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 2000/06/20 فَصْلاً في الطَّعْن 245209 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 262) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من المقرّر قانونًا أنّ الحُكْم بالتّطْليق لا يَقْبَلُ الاستئنافَ إلاّ في جانبه المادي. ومن المقرّر أيْضًا أنّه لا يُحْكم بتعْويض الزّوْج إلاّ في حالة ثبُوت نشوز الزّوْجَة}.

◄ ومع ذلك هُنَاكَ قَرَارَاتٌ من المجَالِسِ تَعَرّضَت لمَوْضُوع الطّلاق سواء بالتّأييد أو بالتّعديل ومع ذلك فإنّ المحكمة العليا لم تُثر مسألةَ عدم قبول طرح هذا المَوْضُوع على قضاة الدرجة الثانية، ومن ذلك على سبيل المثال :

❖ قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1992/12/22 فَصلاً في الطّعن رَقم 87301 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/1995، الصّفْحَة 92) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا وقضاءً أنه يجوز للزّوجة طلب التّطليق استنادًا إلى وجود عيبٍ يحولُ دون تحقيق الهدف من الزواج كتكوين أسرة وتربية الأبناء. ولما أسّس قضاة المَوْضُوع (قضاة المجلس) قرارَهم القاضي بالتّطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد استنادًا إلى نتائج الخبرة

الطّبّيّة التي خلصت إلى عقم الزّوج، فإنهم قد وفّروا لقضائهم الأسبابَ الشّرعيّة الكافية ما عدا فيما يتعلّق بإلزام الزّوج بالتّعويض ممّا يتوجّب نقضُه جزئيا في هذا الجانب لانعدام حالة التعسّف}،

❖ وأيْضًا على سبيل المثال قرارُها الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1997/12/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 181648 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العْدَد 1/1997، الصّفْحَة 49).

❖ وأيْضًا قرارها الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2002/05/08 فَصلاً في الطّعن رَقم 289545 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العْدَد 2/2004، الصّفْحَة 373) وَقد جَاءَ فيه :

{عن الوجه الأول : المأخوذ من عدم الاختصاص وتجاوز السلطة بدعوى أن قضاة المجلس فصلوا في الاستئناف وقضوا بالطلاق بعد الدخول من غير أن يُطلب منهم ذلك، مع أنّ الطلاق من اختصاص قاضي الدرجة الأولى بصفة نهائية، ومن غيْر إجْراء الصُلْح بين الطّرفين طبْقا للمادة 49 من قانون الأُسْرَة، وهو ما يُعَرّضُ القرارَ للنقض والإبطال.

- لكن وحيث إنه ثبت أنّ المستْأنف طلب فكّ العصمة، ولما ثبت لقضاة المجلس أنّ أركان الفسخ غير متوفرة وأنّ العصمة ارتبطت بزواجٍ صحيح الأرْكان وتمّ الدخول قضوا بالطلاق، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القاضي مخوّلٌ النظرَ في مسألة فكّ العصمة سواء أمام الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية بصفة نهائية، ولما ثبت أنّ الطرفين استُدعِيا لجلْسة الصُلْح وأنّ المستأنفَ تغيّب عنها فإن الإجراء بمحاولة الصُلْح يُعد صحيحًا طبقا للمادة 49 من قانون الأُسْرَة وهو ما يجعل الوجه من غير أساس}.

-وفيما ذهب إليه قرار المحكمة العليا مخالفة صريحة لأحكام المادة 57 من قانون الأسْرَة دون بيان السبب الذي يدعو إلى هذا الموقف.

❖ وأيْضًا = قرارُها الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/10/11 فَصلاً في الطّعن رَقم 365244 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2007، الصّفْحَة 467) ويتعلق بالفصل في قرار صادر على إثر استئناف زوجةٍ لحكم ابتدائي رَفَضَ طَلَبَهَا بالتطليق فاستأنفته وطالبت أمام المجلس احتياطيا بالْخُلْع فاستجاب لها قضاة المجلس، والمحكمة العليا ناقشت الطعن دون أن تثير مسألة عدم قابلية الحكم للاستئناف.

❖ وأيْضًا قرارُها الصّادرُ عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/11/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 372130 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2007، الصّفْحَة 463) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : محاولة الصُّلْح في دعوى الطّلاق تتم وجوبًا أمام المحكمة فقط (وليْس أمام المجْلس)}، وجاء في حيثيات قرار المحكمة العليا أنّ «الْمَادّة 49 من قَانُون الأُسْرَة ملزمة لقاضي أوّل درجة دون قضاة الاستئناف فإنّ ما ذهب إليه قضاة المجلس في قرارهم كان يتماشى والقانون (إلغاء الحكم المستأنف القاضي بعدم الاختصاص المحلي وقضوا من جديد بالطلاق بين الطّرفين)».

❖ وأيْضًا قرارُها الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2010/10/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 581222 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2011، الصّفْحَة 248) حيث رفضت المحكمةُ طلب التطليق وقبله المجلس.

➔ يَجُوزُ إثبَاتُ الطّلاقِ العُرفِي أمامَ المجْلِس = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة وَالموَاريث بتَاريخ 1999/02/16 فَصْلاً في الطّعْن رَقم 216850 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصِيّة، 2001، الصّفْحَة 100) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلَاصَتُهُ : {1- من المستقرّ عليه قضاءً أنه يجوزُ الحكْمُ

بالطّلاق أمامَ المجلس القضائي لما تقْضي المحْكمةُ بالرّجوع إلى بيْت الزّوْجية أوْ ترْفضُ دعوى الطّلاق. ومن ثمّ فإن قضاة المجلس لمّا قضوْا بإلغاء الحكم القاضي برفض الدّعوى وحكمُوا من جديد بإثبات الطّلاق العُرفي الواقع بين الطّرفين واعتبروه تعسّفيا على مسؤولية المستأنف عليه فقد طبّقوا صحيح القانون.

2- من المقرّر شرْعا أنّه يثبت الطّلاق العرفي بشهادة الشّهود أمام القضاء. ومتى تبيَّن، في قضية الحال، أنّ الطّلاق وقع بين الطّرفين أمام جماعة من المسلمين، وأنّ المجلسَ أجرَى تحقيقًا وسمع الشّهود الذين أكّدوا بأنّ الزّوْج طلّق فعلا المطْعون ضدّها أمام جماعة من المسْلمين وبالتّالي فلا يحقّ له أنْ يتراجع عنْ هذا الطّلاق، وعليه فإنّ القضاة بقضائهم بإثبات الطّلاق العرفي طبّقوا صحيح القانون}. وجاء في صلب القرار توضيحٌ لمفهوم المادة 57 من قانون الأسرة من خلال رد المحكمة العليا على الوجه الأول بقولها : (لكن حيث أن المادة 57 من قانون الأسرة تنصّ فقطْ على أن "أحْكام الطّلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية"، وهذا يعني أنه لا يجوز لقضاة المجلس مناقشة الحكْم بالطلاق وليْس كما يقْصده الطّاعن عدم اختصاصهم في الفصل بالطلاق لأنه يمكن لأحد الزوجين أن يطلب الحكم بالطلاق على مستوى المحكمة أو على مستوى المجلس لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى البيت الزوجي أو ترفض دعوى الطلاق وهذين الحكمين قابلين للاستئناف لأنهما لا يعتبران حكمان بالطلاق مما يجعل الوجه غير مؤسس.).

← إثْبَاتُ الزّوَاجِ العُرْفي والطّلاق أمَامَ المجْلِس = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/02/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 315403 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2005، الصّفْحَة 275) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : يجوز في مسألة

إثبات أو عدم إثبات واقعتي الزواج العرفي والطلاق سماعُ الشهود لأول مرةٍ على مستوى الاستئناف}.

← حالة استئناف حُكم الطلاق بالتراضي = قرار المحكمة العُليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2007/02/14 فصلاً في الطعن رقم 381468 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 1/2008، الصفحة 241) وقد جاء فيه : {المبدأ : يجوز استئناف الحُكم الناطق بالطلاق بالتراضي في جانبه المتعلق بالاتفاق الحاصل بين طرفي الطلاق}، وفي قضية الحال كان قاضي الدرجة الأولى خالف اتفاق الأطراف القاضي بإسناد الحضانة للأب وأسندها للأم، وبعد الاستئناف قضى المجلس بإعادة إسناد حضانة الولدين إلى أبيهما، فاعتبرت المحكمة العليا أن الاستئنافَ في هذه الحالة مقبول ورفضت الطعن.

◄ جاء في الفقرة 1 من المادّة 128 من مُدوَّنة الأُسْرَة المغْربية : {المقرّرات القضائية الصّادرة بالتّطليق أو بالْخلْع أوْ بالفسْخ طبْقا لأحْكام هذا الكتاب، تكون غير قابلة لأيّ طعْن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزّوْجية}.

الْمَادّة 57 مُكَرَّر : (أُضيفَتْ بالأَمْر رَقْم 02-05 المؤرَّخ في 27 فبْرَايَر 2005) يَجُوزُ للْقَاضِي الفَصْلُ عَلَى وَجْهِ الاسْتعْجَال بمُوجَبِ أَمْر عَلَى عَرِيضَةٍ في جَمِيعِ التَّدَابيرِ المؤَقَّتَةِ ولاَسِيمَا مَا تَعَلَّقَ منْهَا بالنَّفَقَةِ والْحَضَانَةِ والزِّيَارَةِ والمسْكَن.

← الحكْمُ استعْجاليا بالنّفقة = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/01/19 (قبل تعديل قَانُون الأُسْرَة بموجب الأمر 02-05) فَصلاً في الطّعن رَقم 333042 (مَنشُور بالمجلّة القضَائية، الْعَدَد 1/2005، الصّفْحَة 321) وَقَد جَاءَ فيه :

{المَبْدَأ : قاضي الاستعجال مختصٌّ للحكم للزوجة وللأبناء بالنفقة قبل الفصل في الدعوى من حيث المَوْضُوع} ، وقد استند القرار على نص المَادّة 40 من قانون الإجراءات المَدَنيّة القديم.

الْفَصْلُ الثَّانِي - آثَارُ الطّلاق

Des effets du divorce

العِدَّة De la retraite légale ('Idda)

الْمَادَّة 58 :

تَعْتَدُّ المطَلَّقَةُ المدخُولُ بها غيْرُ الْحَامِلِ بثَلاثَةِ قُرُوءٍ، والْيَائِسُ من المحيضِ بثلاثة أَشْهُرٍ منْ تاريخ التّصْريح بالطّلاق.

← العِدَّةُ لغةً : من عَدَّ يَعُدُّ عَدّاً، وهي مأخوذة من العَدَد، وشَرْعًا : اسْمٌ لمدّةٍ زمنيةٍ معيّنةٍ تتربّصُها المرأةُ في حالةِ الطّلاقِ أو فسْخِ الزّواجِ أوْ وفاةِ الزّوْجِ تأَكُّداً من براءَة الرّحِمِ (استبْراء).

← لا عِدّةَ على المطلّقةِ قبْل الدّخول، وأمّا عِدّةُ الوفاة فلا علاقة لها بالدّخول.

← حالات العدّة :

حالة الزّوْجة :	عدّة وفاة :	عدّة فراق :
حامل	بوضع الحمل	بوضع الحمل
غير حامل	4 أشهر + 10 أيام	3 أطهار
لا تَرَى الحَيْضَ (لِصغرٍ أو لِكبر)	4 أشهر + 10 أيام	3 أشهر

- وأَصلُ ذلك قوله تعالى :

(وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ) (سورة البقرة 226)

(وَالّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا) (سورة البقرة 232).

(وَاللائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللائِي لَمْ يَحِضْنَ، وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ، وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا). (سورة الطّلاق 4).

← حِسَابُ الْعِدَّةِ يكون بدايةً من تصريح الزّوج بالطّلاق = قرار المَحكَمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 1984/12/17 فصلاً في الطّعن رقم 35322 (منشور بالمجلّة القضائية، العَدد 4/1989، الصّفحة 91) وَقَد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا، وعلى ما جرى به قضاءُ المجلس الأعلى، أنّ تَلفُّظ الزّوج بالطّلاقِ يُلزمُه، ومن المقرّر أيضًا أن الرجعة لا تُعتبر شَرْعًا إلا أثناء قيام العِدّة، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا الْمَبْدَأ يُعَدّ خرقًا لمبادئ وأحكام الشّريعة الإسْلاميّة.

إذا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ الزّوجَ المطلّق نَدِمَ أو تراجعَ في طلاقه بعد انتهاء مدة العِدة فإن هذا لا يَشفعُ له شَرْعًا في عدم احتساب الطلاق الذي تلفّظ به، وبناءً عليه فإذا أراد أنْ يُرجِع زوجتَه كان عليه اتّباع القواعِد الفقهية التي تنظّم وتضبْط الرّجعة، وكان على قضاة الاستئناف التقيُّدُ بهذه القواعد الفقهية كما فعل قاضي الدرجة الأولى، إلا أنّهم بقضائهم برُجوع الزوجة إلى بيتِ الزوجية خالفوا أحكام هذا الْمَبْدَأ}.

← ليْسَ علَى غيْر المدْخُول بهَا عِدّة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 1996/06/18 فَصلاً في الطّعن رقم 137571 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، الْعَدَد 2/1997، الصّفْحَة 93) وَقَد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا أنه «تُسْتَوْجَبُ العدّةُ للمرأة المطلّقة غير المدخول بها»، ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ المطعونَ ضدّها طُلّقت من زوجها الأول قبل الدّخول وأعادت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها، فإنّ القضاة برفضهم لطلب الطّاعن

بفسخ الزّواج لعدم إتمام العدّة من الزّواج الأول والحكم بصحّة الزّواج ورجوع الزّوجة إلى البيت الزّوجي طبقوا صحيح القانون}.

الْمَادّة 59 :
تَعتَدُّ المتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وعَشْرَةِ أيّام، وكَذَا زَوْجَةُ المفْقود من تَاريخ صُدُور الحُكْم بفَقْدِه.

-لقوله تعالى : (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا) (سورة البقرة 232).

الْمَادّة 60 :
عِدّةُ الحَامِلِ وَضْعُ حَمْلِهَا، وأَقْصَى مُدّةُ الحَمْلِ عَشرَةُ (10) أَشْهُرٍ من تاريخ الطّلاقِ أَوْ الوَفَاة.

❖ إذا كانت معظمُ المذاهب الإسلامية متّفقةً على أنّ أقلّ مدّة الحمْل هي ستّةُ أشهر فإنها مختلفةٌ حوْل أقْصَى مدّة الحمْل إذْ يرَى مُعْظمُ الْمَالِكيّة والشّافعية وبعض الحنفيّة أنها أربعُ سنوات، وكثيرٌ من الفقهاء يرى أنها سنتان، وأثر ذلك ينصبّ على النّسب والميراث.

الْمَادّة 61 :
لا تَخْرُجُ الزّوجَةُ المطلّقَةُ ولا المتوفّى عنْهَا زوْجُهَا منَ السَّكَن العَائِلِي مَا دَامَتْ فِي عِدّة طَلاقِهَا أَوْ وَفَاةِ زَوْجِهَا إلاّ فِي حَالَة الفَاحِشَةِ المبيِّنَة، ولهَا الحقُّ فِي النَّفَقَةِ فِي عِدَّةِ الطّلاق.

❖ الدَّلِيلُ عَلَى وُجُوبِ السُّكْنَى **لِلْمُطَلَّقَةِ بَعْدَ الدُّخُولِ** قوله تعالى : (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ، وَإِنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) (سورة الطّلاق 6).

← قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2007/04/11 فَصلاً في الطّعن رَقم 390091 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضَائية، العْدَد 1/2008، الصَفْحَة 245) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : نفقة المطلقة ومنها المسكن أثناءَ العدّة على عاتق الزّوج}.

← إبْقَاءُ المطلّقَة سَاكِنَةً مع مُطلّقِهَا انْتِهَاكٌ للقَوَاعِدِ الشّرْعيّة = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عن غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة وَالمَوَاريث بتَاريخ 1984/05/14 فَصْلاً في الطَّعْن رَقم 33130 (مَجلّةِ المَحكَمَةِ العُلْيَا، العدد 1/1990، الصَّفْحَة 57) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصته : {من المقرر شرعًا أن إبقاءَ المطلّقة بمنزل مطلّقها يُخِلُّ بمقصد من مقاصد الشرع، ومن ثمّ فإن القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يعد خرقًا للقواعد الشرعية. ولما كان ثابتا، في قضية الحال، أن قضاةَ الاستئناف قضوا بإبقاء المطلقة ببيتٍ في السكن الذي يسكن فيه مطلّقُها وقد صارت عنه أجنبيةً فإنهم بقضائهم هذا خالفوا المقاصدَ الشرعية}.

← ثبُوتُ الزّنا لا يَحْرُمُ المطلّقَة منْ نَفقة العِدّة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1984/10/22 فَصلاً في الطّعن رَقم 34327 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العْدَد 3/1989، الصّفْحَة 69) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : متى كان من المقرر شَرْعًا أن نفقة العِدّة تظلّ واجبةً للزوجة على زوجها سواءٌ كانت ظالمةً أو مظلومة، فإن القضاءَ بما يخالف أحكامَ هذا المَبْدَأ يعد خرقًا لأحكام الشّريعَة الإسْلاميّة.

إذا كان الثابتُ أن قضاةَ الاستئناف أيّدُوا الحكمَ المستأنَفَ فيما قضى به ومن ذلك تقريرُ نفقةِ عدةٍ للزوجة، فإنّ وجهَ الطعن المؤسّس على خرق قواعدِ الشّريعَةِ الإسْلاميّة باعتبار أن الزوجةَ اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا، وأنه من المقرّر شَرْعًا إسقاطُ جميع حقوق الزانية، يكون غير مقبول فيما ذهب إليه حول حرمان المطلّقة من تقرير نفقة العدّة}.

← العِدّة من النّظام العامّ = قرار المَحكَمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 2006/07/12 فصلاً في الطّعن رقم 358348 (مَنشُور بالمجلّة القضائية، العَدد 2/2006، الصّفحَة 449) وَقد جاءَ فيه : {المَبدَأ : لا طلاق بدون عدّةٍ وبدونِ منح نفقةٍ عنها مادامت العدّة من النّظام العامّ}.

← تقديرُ النّفقَة يكون بمراعاة حال الزوجين ومستوى المعيشة = قرار المَحكَمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 1987/02/29 فصلاً في الطّعن رَقم 44630 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 3/1990، الصّفحَة 55) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المُقرّر فقهًا وقضاءً أنّ تقديرَ النّفقة المستحقّة للزّوجة يَعتمد على حال الزّوجين يُسْرًا أو عُسْرًا، ثُمَّ حال مستوى المعيشة، ومنْ ثمَّ فإنّ القضاءَ بمَا يُخالفُ هَذا المَبْدَأ يُعَدّ مخالفةً للقواعد الشرعية. لما كانت جهة الاستئناف، في قضية الحال، قضت بتخفيض النفقةِ المحكوم بها للزوجة ابتدائيا دون أن تبحث عن دخل الزوج وحالة معيشة الزوجة، ودون حساب مستوى المعيشة السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزّوجان، فإنها بقضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية}.

← يَسارُ الزّوْجَة لا يُسقِطُ حقّهَا في النّفقَة = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2000/02/22 فَصلاً في الطّعن رَقم 237148 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/2001، الصّفحَة 284) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المقرّر شرْعًا أن يسار الزّوجة لا يُسقِطُ حقّها وحقَّ أولادها في النّفقة دون مبرر شرعي. إن قضاةَ المَوْضُوع بقضائهم بإلغاء النّفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجّة يَسَار الزّوجة (الطّاعنة) رغم عدم إثبات عُسر المطعون ضده أخطأوا في تَطبيق القَانُون}.

الْحَضَانَة

Du droit de garde (Hadana)

> الْمَادَّة 62 :
>
> الْحَضَانَةُ هي رِعَايَةُ الْوَلَد، وتَعْلِيمُهُ، والْقِيَامُ بِتَرْبِيَّتِهِ على دِينِ أَبِيهِ، والسَّهَرُ على حِمَايَتِهِ وحِفْظِهِ صِحَّةً وخُلُقًا.
>
> ويُشْتَرَطُ في الْحَاضِنِ أَنْ يَكُونَ أَهْلاً لِلْقِيَام بذلك.

❖ الْحَضَانَة : جاءَ في مُعجم مقاييس اللغة لأبي الحُسين أحمد بن فارِس بن زكريّا : {حَضَنَ : الحاءُ والضادُ والنون، أصلٌ واحدٌ يُقَاس، وهو حِفظُ الشيء وصِيانتُه. فالحِضْن ما دون الإبط إلى الكَشْح ؛ يقال احتضَنْتُ الشيءَ جعلتُه في حِضْني}، واصطلاحًا هي تربيةُ الصغير ورعايتُه وحفظُه إلى البلوغ، وهي حقٌّ للحاضن من جهة وحق للمحضون من جهة.

ومن باب الاستئناس فإنه من بين ما يُشترَط في الحاضن : البلوغُ والعقلُ والأمانةُ في الجانب الأخلاقي، والقُدرةُ على القيام بشؤون المحضُونِ، وأَمْنُ المكَان الذي تمارَسُ فيه الحضانة، وإذا كانت المحضونةُ أنثى فلا حضانة لغير مَحْرَم، وإذا كانت الحاضنة امرأةً فلا حضانة لها إن كانت متزوجةً بأجنبي عن المحضون.
والمصطلحات القريبة من الحضانة ولكنها تختلف عنها :

الكَفَالَة فهي التكفُّلُ بالصّغير من حيْث النّفقة والإيواء.

والولاية تتعلق بمراقبة تصرفات الصغير والإذن بها أو منعها.

والوصاية هي تفويض للولاية على الصغير من الوليّ للوصيّ.

➔ لمْ يتطرّقْ قانُون الأُسْرَة لأُجْرَة الْحَضَانَة (وهي مختلفةٌ عن نفقة المحضون) مسايرةً لما ذهب إليه المذهب المالكي وخلافًا لما ذهب

إليه الشافعية والحنابلة، وهو ما أكّده قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1985/04/08 فَصلاً في الطّعن رَقم 35912 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/1989، الصّفْحَة 89) وَقَد جَاءَ في حيثياته : {الحَاضِنَةُ لا تستَحقُّ أَجْرًا على الحَضَانة، والمجلسُ إذ وافق على الحكم الذي جعل على الأب 500 دينار يدفعها كأجرة للحاضنة هو على خلاف الشّرع ومخالفٌ لما يجري عليه العمل القضائي، مما يُعرّض قراره للنّقْض}.

➔ لا تَسْري أَحْكَامُ الْحَضَانَة والنّفَقَة علَى المكفُول = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/03/10 فَصلاً في الطّعن رَقم 613481 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/2012، الصّفْحَة 290) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدأ : لا تسري آثار الطلاق، من حضانة ونفقة، على الطفل المكفول، الذي يعيش مع مطلقة الزوج الكافل}.

➔ حُصُولُ الْحُكْم الأَجْنَبي علَى الصِّيغَة التّنْفيذيّة الجَزَائريّة = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادِر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2013/11/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 0773081 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عَدَدهَا رَقم 2/2014 الصّفحة 256، وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا يتحصّلُ الحكم الأجنبيّ المُخَالفُ لقانون الأُسْرَة الجزائري، في مجال الحضانة وإثبات النشوز، على الصيغة التنفيذية الجزائرية}.

➔ فُقْدَانُ بَصَر الْحَاضِن يَحُولُ دُونَ الْقُدْرة على حِفْظِ المحْضُون = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1984/07/09 فَصلاً في الطّعن رَقم 33921 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 4/1984، الصّفْحَة 76) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثمَّ فإنّ القضاء بتقرير ممارسة حقّ الحضانة

دون توافر هذا الشرط يُعدّ خرقًا لقواعد الفقه الإسلامي. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تُعدّ عاجزةً عن القيام بشُؤُون أبنائها، ومن ثمّ فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال، حَادُوا عن الصّواب وخالفوا القواعد الفقهية}.

وجاء في القرار :

{لقد اشترطَ الشّارعُ في الحاضن عدّة شروطٍ منها الكفايةُ والصّحّة، فلا حضانة لعاجزٍ ذكرًا أو أنثى لكبر سنّ أوْ مرضٍ لا يقدر معه على القيام بشؤون المحضون لأنه هو نفسه في حاجة إلى من يأخذ بيده. وفي هذا المعنى يقول الشيخ خليل في باب الحضانة : وشرط الحاضن ذكرًا أو أنثى العقلُ والكفاية، كمُسِنَّة وأدخلت الكاف، كما جاء في الشرح، العَمَى والصَّمَم والخَرَس والمرَضَ والإقْعَاد والمرَض المعْدِي، فهؤلاء لا حضانةَ لهم. وفي هذا المعنى يقولُ ابن عاصم أيضًا في باب الحضانة كذلك : وشرطُها الصحّةُ والصّيَانةُ والحرزُ والتّكليفُ والديانة. فالمريضُ ضعيفُ القوّةِ لا حضانةَ له، وكذلك الأعمَى والأَصمُّ والأخرسُ والمقعد، والحاضنة هنا فاقدةٌ للبصر ومن ثمّ فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها، وقضاة القرار المطعون فيه بإسنادهم حضانة الأولاد إليها، وهي على هذه الحال، قد حادوا عن الصّواب وخالفوا القواعد الشّرعية مخالفة يتعيّن معها نقض قرارهم}.

← فَسَادُ الأَخْلَاقِ يُسْقِطُ الْحَقَّ فِي الْحَضَانَة = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادرِ عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1984/01/09 فَصلاً في الطّعن رَقم 31997 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/1989، الصَفْحَة 73) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : متى كان من المقرر شَرْعًا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء

تصرّفاتها، فإنه يسقط أيضًا حق أمّها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا. والحكم بخلاف هذا المبْدأ استوجب نقضُ القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأمّ بعد إسقاط هذا الحقّ عن الأمّ لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها}.

← جَرِيمَةُ الزِّنَا مِنْ أَهَمِّ مُسْقِطَاتِ الْحَضَانَة = قرار المَحكَمَة العُلْيَا الصَّادر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتاريخ 1997/09/30 فصْلاً في الطَّعْن 171684 (مَجلَةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصيَّة، 2001، الصَّفْحَة 169) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه :

{من المقرر شرعًا وقانونًا أنّ جريمة الزّنا منْ أهمّ المسْقِطات للْحضانة مع مراعاة مصلْحةِ المحْضون. ومتى تبيّن، في قضيّة الْحال، أنّ قضاة الموْضوع لمّا قضوْا بإسْناد حضانة الأبْناء الثّلاثة للأمّ المحْكوم عليها منْ أجْل جريمة الزّنا فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصّة المادّة 62 من قانُون الأسْرَة}.

الْمَادّة 63 : (مُلْغَاة بالأَمْر رَقْم 02-05 المؤرَّخ في 27 فبْرَايَر 2005)

← وَقَدْ كَانَتْ الْمَادَّة 63 مُحَرَّرَةً في ظلِّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤرَّخ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{في حالة إهْمال العائلة من طرف الأب أَوْ فُقْدانه يجوز للقاضي قبل أنْ يُصْدر حكمَه أنْ يسْمح للأمّ بناءً على طلبها بتوْقيع كلّ شهادةٍ إدارية ذات طابع مدْرسي أَوْ اجْتماعي تتعلّق بحالة الطّفل داخل التّراب الوطني}.

الْمادّة 64 : (عُدِّلَت بالأَمْر رَقْم 02-05 المؤرَّخ في 27 فبْرَايَر 2005) الأمُّ أَوْلَى بحَضَانَةِ وَلَدِهَا، ثُمّ الأَبُ، ثُمَّ الْجَدَّةُ لأمّ، ثُمّ الْجَدّةُ لأَب، ثُمّ الْخَالَةُ، ثُمّ الْعَمّةُ، ثُمّ الأَقْرَبُونَ دَرَجَةً مَعَ مُرَاعَاةِ مَصلْحَةِ

المحضون في كلّ ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحقّ الزّيارة.

➜ وقد كانت المادّة 64 محرّرة في ظلّ القانون رقم 84-11 المؤرّخ في 9 يونيو 1984 كما يلي :

{الأمّ أولى بحضانة ولدها، ثمّ أمّها، ثمّ الخالة، ثمّ الأب ثمّ أمّ الأب، ثمّ الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كلّ ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحقّ الزّيارة}.

➜ على العموم فإنّ النّساء أولى بالحضانة من الرّجال وفقا لأحكام الشّريعة الإسلاميّة.

➜ جاء في كتاب "الفواكه الدّواني" لمؤلّفه بن مهنا النّفراوي وهو مالكي المذهب {وَالْحَضَانَةُ لِلأمِّ بَعْدَ الطَّلَاقِ إِلَى احْتِلَامِ الذَّكَرِ وَنِكَاحِ الأُنْثَى وَدُخُولِهَا}.

➜ العِبْرَةُ بمصلحة المحضون قبل التّرتيب الوارد في النّصّ = قرار المحكمة العليا الصّادر عن غرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 2009/05/13 فصلاً في الطّعن رقم 497457 (منشور بالمجلّة القضائية، العدد 1/2009، الصّفحة 297) وقد جاء فيه : {المبدأ : مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادّة 64 من قانون الأسرة}، أي أنّ التّرتيب الوارد في النّصّ توجيهي فقط ويستأنس به القاضي. وهو ما أكّدته المحكمة العليا في قرارها الصّادر عن غرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 2011/03/10 فصلاً في الطّعن رقم 613469 (منشور بالمجلّة القضائية، العدد 1/2012، الصّفحة 285) وقد جاء فيه : {المبدأ : تُراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادّة 64 من قانون الأسرة. يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع}.

➜ مُخَالفَةُ التَّرْتِيب تَتطَلَّبُ التَّسْبِيب = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عنْ غُرفَة شؤُون الأُسْرَة بتاريخ 1998/03/17 فَصْلاً في الطَّعْن 179471 (مَجلَةِ المَحْكمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 172) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من المقرّر قانونًا أنّه لاَ يَجوزُ مُخالفَةُ التَّرتيب المنصُوص عليه في المادة 64 من قانُون الأسْرَة إلاّ إذا ثَبتَ بالدّليل مَنْ هُوَ أَجدرُ بالقيام بدور الحضانة. ولمّا ثبتَ في قضيّة الحالِ أنّ قضاةَ الموضوع أسندُوا الحضانة للأُختِ من الأبِ رغمَ وُجود الخالة المطَالِبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمُرشِدةٍ اجتماعيةٍ لمعرفةِ الطّرَفِ الذي يكونُ أقدرُ على تربيةِ الأولادِ ورعايتهم، فإنهم بقضَائِهم كما فعلُوا خالفُوا القانون وعرّضوا قرارَهم للقصور في التسبيب}.

➜ العِبْرَةُ بمَصْلَحَة المحْضُون أوّلاً = قرار المحكمَة العُلْيَا الصّادر عن غُرفَة شؤُون الأُسْرَة والمَوَاريث بتَاريخ 2013/02/14 فصلاً في الطّعن رَقم 728882 (منشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2014، الصّفْحَة 304) وَقَد جاءَ فيه : {المَبْدَأ : تراعَى مصلحةُ المحضون عند إسناد الحضانة، ولا يُعتَدّ برغبة الطّفل فقط}، وجاء في حيثيات القرار أنه : «طبقًا لأحكام المَادّة 64 من قانون الأُسْرَة فإنّ الأمّ أوْلى بحضانة ابنتها، خاصة وأنّ البنْت المذكورة لا تزال طفلة صغيرة، وفي أمَسّ الحاجة إلى خدمة النساء التي يعجز الطاعن (الأب) عن تقديمها لها في مثل هذه السّنّ، ومن ثمّ فإنّ مصلحتها تقتضي إسنادَ حضانتها إليها، وبالتالي فإنه يتعيّن عدم الاعتداد بالتصريح المذكور لصدوره عن طفلة لا إرادة لها».

➜ الاسْتعَانَةُ بمَصَالِح المسَاعَدَةِ الاجْتمَاعِية قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/05/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 330566 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2005، الصّفْحَة 301) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يستعينُ القاضي في

الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية}، وفي قضية الحال كانت الجدّة الطاعنة قد ذكَرت بأنّ الطفلَ يوجد في حالة إهمالٍ عند عمّته، وجاءَ في حيثيات القرار أنه كان على قضاة المَوْضُوع تعيينُ مرشدةٍ اجتماعيةٍ تزور الطفلَ بمكان إقامته وأن يراعوا مصلحة المحضون.

➔ الاستعانَةُ بمُساعِدةٍ اجتماعيةٍ اختياريٌّ = قرار المَحكَمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2011/10/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 650014 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/2012، الصّفْحَة 313) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : القاضي غيرُ ملزمٍ باللّجوء إلى مساعدة اجتماعية لتقدير مصلحة المحضون}.

➔ تُسنَدُ الحضَانَةُ للأبِ إذا كانتْ مَصلَحة المحْضُون تقْتَضي ذلك = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 1997/02/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 153640 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1997، الصّفْحَة 39) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المستقرّ عليه قضاءً أنَّ الحضانةَ تُمنَح حسب مصلحة المحضون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أَنّ الحضانةَ أُسندت إلى الأب مراعاةً لمصلحة المحضون واعتمادًا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكّد ذلك، فإن قضاةَ المَوْضُوع إعمالاً لسلطتهم التقديرية قد طبّقوا القانون}.

❖ وأيضًا قرارُها الصّادرُ عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/02/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 256629 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2002، الصّفْحَة 421) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : إن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأمّ كوْن مصلحة المحضون تقتضي ذلك يُعدّ تطبيقًا صحيحا للقانون}، وفي قضية الحال كانت الخالة تطالب بالحضانة بعد وفاة الأم.

← إسْقاطُ الحَضانة يتطلّبُ الإثبات = قرار المَحكمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2002/02/13 فصلاً في الطّعن رَقم 265727 (مَنشور بالمجلّة القضائية، العَدد 2/2002، الصفْحَة 432) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : إن إسنادَ الحضانة للأب بحُجة مرضِ الزوجة عقليًا دون إثباتِ هذا المرضِ يُعدّ انعدامًا في الأساس القانوني ومخالفة للقانون يَنجرّ عنه النقض دون إحالة}.

← إسْقاطُ الحَضانة عَن الأمّ يتطلّبُ مُراعاةَ مَصْلحة المحْضُونين = قرار المَحكمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2003/05/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 302428 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2003، الصّفْحَة 285) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : إسقاطُ الحضانة عن الأم وإسنادُها للأبِ دون التحقّق من ظروف المحضونين ومراعاة مصلحتهم يُعَدُّ قصورا في التسبيب}، وجاء في حيثيات القرار : «لكن حيث أن المحكمة العليا تثير وجهًا تلقائيا مأخوذًا من كوْن القرار محل الطعن مشوبٌ بالقصور بسبب أن هذا الأخيرَ لم يُشر إلى سنّ كل ولدٍ من الأولاد الستّة محل النزاع على حدة، إضافة إلى ذلك كان المفروضُ تعيينُ مرشدةٍ اجتماعيةٍ في دعوَى الحال لزيارة مسكن الحاضنة والحالة التي يوجد عليها الأولادُ وكذلك زيارةُ مسكن والدهم ومن يُقيم معه، وأين تكمُنُ مصلحة هؤلاء المحضونين لدى والدتهم أم عند والدهم أم من الأحسن اقتسامهم، ولما قضَى قضاةُ المَوْضُوع بمجلس قضاء باتنة من دون مراعاة ما أُشير إليه أعلاه فإن قرارَهم جاء مشوبًا بالقصور وانعدام الأساس القانوني مما يتوجبُ معه نقضُ القرار المنتقَد وإحالة طرفي النزاع لنفس المجلس».

← الحَضَانَةُ لا تُجزّأ = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2002/02/31 فَصلاً في الطّعن رَقم 275990 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2003، الصّفْحَة 300) وَقَد جَاءَ فيه :

{الْمَبْدَأ : لا تجزأ الحضانة ويراعى فيها بالدرجة الأولى مصلحة المحضون} ، وفي قضية الحال فإن قضاة المَوْضُوع أسندوا حضانة أحد الأولاد للأم وحضانة الأولاد الأربعة الآخرين للأب.

← عدَمُ تَجْزِئَة الْحَضَانة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/12/26 فَصلاً في الطّعن رَقم 274683 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، الْعَدَد 02/2004، الصّفْحَة 347) وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : إسنادُ حضانة جميع الأبناء إلى الوالد الحاضن بعد وفاة الزوجة الأمّ إعمالٌ لمبدأ عدم تجزئة الحضانة} ، وفي قضية الحال كانت الجدة لأم تطالب بالحضانة، والشاهد في المَوْضُوع هو إبقاء الطفل الصغير البالغ من العمر 4 سنوات مع أختيه عند أبيهم.

← عَدَمُ تَجْزِئَة الْحَضَانَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1984/04/02 فَصلاً في الطّعن رَقم 32594 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، الْعَدَد 01/1989، الصّفْحَة 77) وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : متى كان من المقرر شَرْعًا أن حضانة الأبناءِ تُسندُ إلى أمهم ولا يَسقط هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي، كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السبب، فإن القضاء بما يخالف هذا الْمَبْدَأ يعدّ خرقًا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي. يستوجبُ النقضَ القرارُ الذي قضى بخلاف هذا الْمَبْدَأ بتجزئة الحضانة بين الأم والجدة لأب متى أَسّسَ حكمَهُ على إسناد الحضانة للجدة كان بناءً على رغبة الأبناء في البقاء معها ورفضهم الالتحاق بأمهم} .

← طُرُقُ إثبَات عَدم صَلاحيّة الأُمّ للْحَضَانة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2000/07/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 245123 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، الْعَدَد 1/2004، الصّفْحَة 253) وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا يُعتبَر محضرُ مصالح الأمن دليلاً كافيا على عدم صلاحية الأمّ لممارسة الحضانة} ، وجاء في

حيثيات القرار : «حيث أن الاعتمادَ على محضر مصالح الأمن لا يعتبر دليلاً كافياً لحرمان الطاعنة من حقها في الحضانة بل هي مجرد معلومات لا يمكن الاعتماد عليها، وكان على قضاة المَوْضُوع الالتجاءُ إلى وسائل أخرَى بالاستماع إلى شهودٍ أو تعيينُ مرشدةٍ اجتماعيةٍ قصد معرفة الجهة التي تليقُ بمصلحة الأولاد».

← التّرْخيصُ بالْخُرُوج بالمحْضُون خَارِجَ التّراب الوَطَني للْعِلاج (نعم) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2000/11/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 249196 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2004، الصّفْحَة 256) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يُعتبر منحُ رخصة الخروج بالمحضون قصد العلاج خارج التراب الوطني من توابع الطلاق، ويجب على القاضي الفصل فيه وعدم التصريح بعدم الاختصاص}، وجاء في حيثيات القرار أن الأبوين يقيمان في سويسرا وأن معارضة الأب نقل المحضون لهذا البلد قصد العلاج لا يقوم على أي أساس مصلحي أو قانوني.

← بُعْدُ المسَافة بيْن الْحَاضنة ووَلِيّ المحْضُونين يَمْنَعُهُ من مُمَارَسة حَقّ الرّقَابَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1986/09/22 فَصلاً في الطّعن رَقم 43594 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 4/1992، الصّفْحَة 41) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المُقَرّر فقهًا وقضاءً أنّ بُعدَ المسافة بين الحاضنة وصاحب حقّ الزّيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثرَ من ستة برود، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا الْمَبْدَأ يُعَدّ خطأً في تَطبيق القَانُون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ المسافة الفاصلة بين الحاضنة ووليّ المحضونين تزيد على ألف كيلومتر فإن قضاة المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطأوا في تَطبيق القَانُون} (جاء في حيثيات قرار النقض أن الأبَ يسكنُ بمدينة الخروب بولاية قسنطينة والأمّ تقيم بفرنسا).

← بُعْدُ المسافة وإقامة الحاضنة في بلدٍ أجنبي يُسقِطُ الحضانة = قرار المحكمة العُليا الصّادر عنْ غُرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2001/12/26 فصلاً في الطّعن رقم 273526 (منشور بالمجلّة القضائية، العَدَد 1/2004، الصّفْحَة 264) وقد جاءَ فيه: {الْمَبْدَأ: تَسقُطُ الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلدٍ أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر}.

← ولكنْ: إذا اخْتلفَتْ مَصْلحَةُ المحْضُونين عَنْ حقّ الرّقابة = قرار المَحكمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2008/03/12 فصلاً في الطّعن رقم 426431 (مَنشُور بالمَجلّة القضائية، العَدَد 1/2008، الصّفْحَة 271) وَقد جاءَ فيه: {الْمَبْدَأ: يُمْكن إسْنادُ حضانةِ الأبناءِ للأمّ المقيمة خارج إقليم الجمْهورية الجزائرية مراعاة لمصْلحتهم}، وفي قضية الحال فإنّ الأمّ وأبناءَها يقيمون بفرنسا أيْن يزاول الأبناءُ الدّراسةَ هناك ولمْ يتمكّن الأبُ من الالْتحاق بهم، وقد تمّ إسنادُ الْحضانة للأمّ منْ طرف قضاة المَوْضُوع وأيَدتْهم المحْكمةُ العلْيا على أساس مصْلحة المحْضونين رغْم تمسّك الطّاعن بأحْكام الْمَادّة 62 من قَانُون الأُسْرَة وإثارته لاجْتهاد المحكمة العليا بأنّ بُعْد المسافة بيْن الحاضنة وصاحب الْحقّ في الزّيارة والرّقابة يُعدّ مبرّرا لسقوط الْحضانة إنْ كان يحولُ دون ممارستها بشكْل عادي.

← اكْتِسَابُ الأُمّ جِنْسِيةً أَجْنَبِية = قرار المَحكَمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2008/09/10 فَصلاً في الطّعن رَقم 457038 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2008، الصّفْحَة 313) وَقد جاءَ فيه: {الْمَبْدَأ: لا يُسقِطُ اكتسابُ الحاضنة جنسيةً أجنبية (الجنسية الفرنسية) حقّها في الحضانة طالما لم تثبت ردّتها عن الدين الإسلامي}.

← إقامةُ الطرفَيْن في الخَارج = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2002/05/08 فصلاً في الطّعن رَقم 282033 (مَنشُور بالمجلّة القضائية، العَدد 2/2004، الصّفْحة 363) وَقد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني إذا كان الزّوجان يقطنان في البلد الأجنبي نفسه}.

← إقامةُ الأبوَيْن بصفةٍ قانُونية في الخَارج = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2007/11/14 فصلاً في الطّعن رَقم 408248 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدد 1/2011، الصّفْحة 244) وَقد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : الحُكم تلقائيا بمنع المحضون، المسندة حضانته للأم، من السفر من الجزائر إلى بلد أجنبي حيثُ يقيمُ والداه بصفة قانونية خطأٌ في تَطبيق القَانُون}. وفي قَضيّة الْحَال قضى قضاة المَوْضوع بمنع البنتين من مغادرة التراب الوطني دون طلب من الأب الذي يقيم هو أيضًا بإيطاليا ودون الاستناد إلى أيّ نصّ.

← عمَلُ الأمّ لا يُسْقِطُ حقّهَا في الْحَضَانة = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 2002/07/03 فَصلاً في الطّعن رَقم 274207 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدد 1/2004، الصّفْحَة 270) وَقد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : عملُ الأم الحاضنة لا يوجب إسقاطَ حقّها في حضانة أولادها ما لم يتوفّر الدليل الثابتُ على حرمان المحضون من حقّه في العناية والرعاية}.

← الأمُّ غيْرُ مُسْلمة = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 1989/03/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 52221 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدد 1/1993، الصّفْحَة 46) وَقد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا وقانونا أن الأمَّ أوْلَى بحَضَانَة وَلَدهَا وَلَوْ كانت كافرة، إلا إذا خِيفَ على دينه، وأنّ حضانة الذّكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سنّ الزّواج، ومنْ ثمَّ فإنّ القضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا

المَبْدأ يُعَدّ خرقًا للأحكام الشّرعيّة والقانونيّة. ولمّا كَانَ قضاة الاستئناف، في قَضيّة الْحَال، قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشّريعَة الإسْلاميّة والمادة 64 من قَانُون الأُسْرَة} (حسب منطوق الحكم الابتدائي المذكور في قرار النقض فإن الحاضنة تقيم بمدينة الأخضرية، ونصّ الحكمُ على عدم السماح لها بأخذهم خارج الوطن).

← منْ شُرُوط إسْنَادِ الْحَضَانَة للْجَدّة لأمّ = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1988/06/20 فَصلاً في الطّعن رَقم 50011 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/1991، الصّفْحَة 56) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا أنه يُشتَرط في الجدّة الحاضنة (أمّ الأمّ) **أنْ تكون غيْر متزوّجة، وألاّ تسْكُنَ مع ابنتها المتزوّجة بأجنبي، وأنْ تكونَ قادرةً على القيام بالمحضون**، ومن ثمَّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التّسبيب غير مُؤسّس. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ شروطَ الحضانة لا تتوفّر في الجدّة (أمّ الأمّ) وأنّ قضاةَ المَوْضُوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعَوْا شُروطَ الحضانة وسبّبوا قرارَهم تسبيبًا كافيا}.

← بَيَانُ شُرُوط إسْنَاد الْحَضَانَة للْجَدّة لأُمّ = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2008/02/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 424292 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2008، الصّفْحَة 267) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يجب عند إسناد الحضانة للجدّة من الأمّ تبيانُ معايير مصلحة المحضون}.

← الْحَضَانَةُ بَعدَ وَفَاةِ الأبوَيْن = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/05/17 فَصلاً في الطّعن

رَقـم 364850 (مَنـشُور بالمَجلّـة القَـضَائية، العَـدَد 2/2007، الـصّفْحَة 437) وَقَـد جَـاءَ فيـه : {الْمَبْدَأ : يُسنِدُ القاضـي الحضانةَ بعد وفـاة الأبـوين، مـستعينًا بمُرشـدة اجتماعيـة، إلى مَـنْ يـستحقُّها حـسب مصلحة المحضون}، وفي قضية الحال كان الطّفلُ عند خالـه، وبعْد أرْبع سنوات طالبتْ جدّتُه لأم بالحضانة فحَكَم لها القرارُ المطعون فيـه بـذلك دون إبـراز مـصلحة المحـضون أو الاسـتعانة بمـساعدة اجتماعية، فتمّ نقضُه على هذا الأسَاس.

← الْحَضَانَةُ من آثار الطّلاق أو الْوَفَاة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/09/16 فَصلاً في الطّعـن رَقـم 511644 (مَنـشُور بالمَجلّـة القَـضَائية، العَـدَد 1/2010، الصّفْحَة 228) وَقَد جَاءَ فيـه : {الْمَبْدَأ : تطبق الْمَادّة 64 مـن قانـون الأُسْـرَة، في صياغتها الجديـدة (أمـر 05-02) علـى حالـة الطـلاق والوفـاة}، وفي قضيـة الحـال كـان قضاة المَوْضُوع قد رفضوا طلب الجدة لأم حضانة حفيدتها من خالة البنت على أسـاس أن الحضانة هـي من الآثـار المرتبطـة بـالطلاق، وأنّ طلب الحضانة لا يستقيم مع الوفاة دون أن يبينوا الأساس القانوني الذي ارتكزوا عليه.

← حقُّ الزّيَارَة مضمونٌ شَرْعًا وقانونًا لكل واحدٍ من الأبـوين في حـال إسـناد الحضانة إلى الطّـرف الآخـر، وتكـونُ الزّيـارة حـسْبَ العادة والعرْف إمّا يوميًّا أو يوْمًا بعد يوْمٍ أو مرّةً في الأسْبوع.

← تحْديدُ مَكَان الزّيَارَةِ لاَ يَكُونُ في بَيْتِ الزّوْجَة المطَلّقَة = قـرَار المَحكَمَـة العُليَـا الـصّادر عـنْ غُرفَـة شُؤُون الأُسْـرَة بتَـاريخ 1998/12/15 فَصْلاً في الطّعْن 214290 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 194) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من المقرّر شرعًا أنّه لا يصحُّ تحديدُ ممارسة حقّ الزّيـارة للـزوج في بيت الزّوجـة المطلّقـة. ومتـى تبـيّن، في قضية

الحال، أن قضاة الموضوع قد حدّدوا مكانَ حقّ الزّيارة للطاعن ببيت المطعون ضدّها فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشّرعَ والقانونَ لأنّ المطعون ضدّها بعد طلاقها أصبحت أجنبيّة عن الطّاعن، وأنّ الهدف من حقّ الزّيارة لا يتحقّق في قضية الحال إلاّ عندما تتمتّع البنت برعاية والدها ولو ساعات محدّدة}.

◄ مَوْقفُ المُشرّع المَغربي في موْضوع الزّيارة كان أكْثر تفْصيلا إذْ جاءَ في المَادّة 180 وما بعْدها من مُدوَّنَة الأُسْرَة المغْربيّة ما يلي :

الْمَـادّة 180 : لغير الحاضن من الأبوين، حق زيارة واستزارة المحضون.

الْمَـادّة 181 : يمكن للأبوين تنظيم هذه الزيارة باتفاق بينهُما، يبلغانه إلى المحكمة، الذي يسجل مضمونه في مقرر إسناد الحضانة.

الْمَادّة 182 : في حالة عدم اتفاق الأبوين، تحدِّد المحكمةُ في قرار إسناد الحضانة، فتراتِ الزيارة وتضبطُ الوقتَ والمكانَ بما يمنعُ قدر الإمكان التحايلَ في التنفيذ.

تراعي المحكمةُ في كل ذلك، ظروفَ الأطراف والملابسات الخاصة بكل قضية، ويكون قرارُها قابلا للطعن.

الْمَادّة 183 : إذا استجدّت ظروفٌ أصبح معها تنظيمُ الزيارة المقررة باتفاق الأبوين أو بالمقرر القضائي ضارًّا بأحد الطرفين أو بالمحضون، أَمكن طلبُ مراجعته وتعديله بما يُلائم ما حدث من ظروف.

الْمَادّة 184 : تَتّخذ المحكمةُ ما تراه مناسبًا من إجراءات، بما في ذلك تعديلُ نظام الزيارة، وإسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة.

الْمَادّة 185 : إذا توفي أحدُ والدَيْ المحضُون، يحل محله أبواه في حق الزيارة المنظمة بالأحكام السابقة.

الْمَادّة 186 : تراعي المحكمةُ مصلحةَ المحضون في تطبيق مواد هذا الباب.

← لا يجوزُ تقييدُ حقِّ الزيارةِ دون موجبٍ شرعي أو قانوني = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1990/04/30 فَصلاً في الطّعن رَقم 79891 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1992، الصّفْحَة 55) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المستقرّ عليه فقهًا وقضاءً أن حقّ الشّخص لا يُقيَّدُ إلا بما قيّدَهُ به القانون، فزيارة الأمّ أو الأب لولدهما حقٌّ لكلٍّ منهما، وعلى مَن كان عنده الولدُ أنْ يُسهّلَ على الآخر استعمالَه على النحو الذي يراه بدون تضييقٍ أو تقييدٍ أو مراقبة، فالشرعُ أو القانونُ لا يَبني الأشياءَ على التّخوّف بل على الحقّ وحدَه، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا الْمَبْدَأ يُعَدّ خرقًا للقانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ المجلسَ القضائي لما قضى بزيارة الأمّ لابنتيْها بشرط ألاّ تكون الزيارةُ خارجَ مقرّ سكن الزّوج، فبقضائه كما فعل، تجاوز اختصاصَه وقيّدَ حرّيّة الأشخاص وخالف القانونَ والشرع} (ملاحظة : القرار المطعون فيه صادر عن قضاء الاستعجال).

← زيارةُ الرّضيع = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1991/04/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 71727 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/1993، الصّفْحَة 47) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المقرر شَرْعًا أن مدّة الرّضاعة الكاملة هي عامين فقط، وَمنْ ثمّ فإنّ النّعيَ على القَرَار المطعُون فيه بانعدَام الأسَاس القانوني غيرُ وجيه يستوجب رفضه. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ البنتَ المحضونةَ تجاوزَ عمرُها العامين يومَ رفع الدّعوى فإن قضاة المَوْضُوع

برفضهم لطلب الطّاعنة الرّامي إلى ممارسة الأب لحقّ الزّيارة في بيتها وبحضورها بحجّة إرضاع البنت كلّ ساعتين طبّقوا صحيح القانون}.

➜ حق الزيارة ليس مرهونًا بسنّ المحضون = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/01/04 فَصلاً في الطّعن رَقم 350942 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/2006، الصّفْحَة 455) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : زيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حقّ له وغير مرتبطة بسنّ معيّنة}، وفي قضية الحال فإن قضاة المَوْضُوع حكموا للأب بحق الزيارة عندما يبلغ المحضون سنّ الرّابعة.

➜ للخالة حقُّ الزّيارة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/01/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 258479 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2001، الصّفْحَة 300) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : للخالة حقّ الزيارة لأن القانون رتّبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقّون حقوق الحاضنة، ومتى كان كذلك فإن لها الحقّ في الزّيارة، مما يجعل القرار المطعون فيه قد وُفّق فيما قضى}.

الْمَادّة 65 :
تَنْقَضِي مُدَّةُ حَضَانَةِ الذَّكَرِ ببُلُوغِهِ (10) سَنَوَات، والأُنْثَى ببُلُوغِهَا سِنَّ الزَّوَاج، ولِلْقَاضِي أنْ يُمَدِّدَ الْحَضَانَةَ بالنّسْبَةِ للذَّكَرِ إلى (16) سنة إذا كَانت الْحَاضِنَةُ أُمًّا لَمْ تَتَزَوَّجْ ثانية.
عَلَى أنْ يُرَاعِي في الحُكْمِ بانتهَائِهَا مَصْلَحَةَ المحْضُون.

➜ انتهاءُ الحضانة فيه اختلافٌ بين المذاهب الإسلامية، وهي في كل الأحوال مرهونةٌ بمصلحة المحضون :

فعند الحنفية تدومُ حضانةُ الذكر إلى سبعٍ أو تسعِ سنينَ (الاستغناء في المأكل والملبس)، وتدومُ حضانةُ الأنثى إلى تسعٍ (الحيْضُ أو الاحْتلام).

وعند المالكية : تدومُ حضانةُ الذكَر إلى البُلوغ، وتدوم حضانةُ الأنثى إلى دُخول الزوْج بها.

وعند الشافعية تدومُ الحضانة إلى غاية التمييز وهو في حدود سبع أو ثمان سنين، مهما كان جنس المحضون، ثُمَّ بعد ذلك يُخيَّرُ المحضون.

وعند الحنابلة تدومُ حضانة الذكر إلى سن السابعة ثُمَّ يُخيَّر، وتدوم حضانة الأنثى إلى سن السابعة ثُمَّ تُسند حضانتُها إلى الأب دون تخيير.

← يجبُ إبْرازُ عُمْرِ المحْضُونِ في حُكْمِ إسْنادِ الحَضانة = قرار المَحكَمَة العُليا الصّادر عَنْ غرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 1990/03/19 فَصلاً في الطّعن رَقم 59156 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدد 1991/2، الصَفْحة 76) وَقد جاءَ فيه : {المَبدأ : مِنَ المُقرَّر قانُونًا أنه تنقضي مدةَ حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سنّ الزّواج وللقاضي أنْ يمدّد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمًّا لمْ تتزوّجْ مع مراعاة مصلحة المحضون، ومنْ ثمَّ فإنّ القضاءَ بما يُخالفُ هذا المَبْدأ يُعَدّ منعدما للأساس القانوني. ولمّا كانَ الثابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ المجلس القضائي لمّا لمْ يوضّح في قراره عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون}.

← يتمُّ تمْديدُ الحَضَانة تلْقائيًّا مَا لمْ يَصدُرْ حُكمٌ مُخَالفٌ = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/02/10 فَصلاً في الطّعن رَقم 599850 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2012، الصَفْحَة 281) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي. الحاضِنةُ غير ملزَمَة بالمطالبة قضائيا بالتمديد، في حالة تجاوز سنّ المحضون 10 سنوات. تبقى الحاضنةُ متوفّرةً على صفة التّقاضي للمطالبة بالحقوق المقرّرة للمحضون}. وفي قَضِيّة الحَال طالبت الحاضنة ببدل الإيجار بعد أن تجاوز المحضون سن العاشرة، وقد رفض قضاة

المَوْضُوع دفع الأب بسقوط الحضانة بسبب السّنّ واستجابوا لطلب الحاضنة وأيدتهم المحكمة العليا.

➜ شُرُوطُ تمْديد حَضَانة الذّكَر أنْ تكُونَ الحَاضِنَةُ أمًّا لمْ تتزَوّجْ = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1990/12/10 فَصلاً في الطّعن رَقم 66552 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العْدَد 2/1995، الصّفْحَة 89) وَقَد جاءَ فيه : {الْمَبدَأ : مِنَ المُقرّر قانُونًا أنه يمْكن للقاضي تمْديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستّة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمّه ولمْ تتزوّجْ ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبيّن من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه (التي تزوّجت بشخص غير محرم) فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة}.

➜ انقضَاءُ الْحضَانة بقُوّة القَانُون وَلَيْس بحُكْم = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/01/04 فَصلاً في الطّعن رَقم 347914 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العْدَد 1/2006، الصّفْحَة 449) وَقَد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : تنقضي حضانةُ البنت بقوّة القانون ببلوغها سنّ الزّواج دون اللّجوء إلى القضاء لإسقاطها}، وفي قضية الحال فإن الأبَ الطاعنَ رفع دعواه للمطالبة بإسقاط حضانة البنت بعد أن تجاوزَ عمرُها سن الزواج (18 سنة) فرَفَض قضاةُ المَوْضُوع طلبَه وأيّدتهم المحكمة العليا على أساس أن ذلك قد تمّ بقوّة القانون.

> الْمَادّة 66 :
>
> يَسْقُطُ حَقُّ الحَاضِنَةِ بالتّزَوّجِ بغَيْرِ قَرِيبٍ مَحْرَمٍ، وبالتّنَازُلِ مَا لَمْ يَضُرّ بمَصْلَحَة المحْضُون.

◄ النص يتناولُ حالتين : ① الزّواجُ بغيْر قريب مَحْرَم، و② التّنازلُ المشْروطُ بمصْلحة المحْضون.

➜ التّنازُلُ الاخْتياري عنِ الْحَضَانة لا رَجْعَة فيه = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتاريخ 1989/03/27 فَصلاً في الطّعن رَقم 53340 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 3/1990، الصّفْحَة 85) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المُقرّر فقها وَقَانُونًا أنّ المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يُقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضاءَ بمَا يُخالفُ هَذَا الْمَبْدَأ يُعَدّ مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ الطاعنة تنازلت باختيارها دون أن تُرغَم على ذلك، فإنّ قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد قضوا برجوع المطعون ضدّها أم الأولاد عن تنازلها عن حقّها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون}.

➜ التنَازُلُ عن الحَضَانة مَشْرُوطٌ بوُجود البَديل = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1988/12/19 فَصلاً في الطّعن رَقم 51894 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 4/1990، الصّفْحَة 70) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المُقَرّر شَرعًا وَقَانُونًا أنّ تنازلَ الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضنٍ آخرَ يَقبَلُ منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإنْ لمْ يوجدْ فإنّ تنازلها لا يكون مقبولا، وتعامَلُ معاملة نقيض قصدها، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا الْمَبْدَأ يُعَدّ مُخَالفًا لأحكام الحضانة. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ المطعونَ ضدّها حُكم لها بمقتضى حكم الطّلاق بالحضانة بناءً على طلبها ولأجل ذلك مُنحت السكن الزّوجي لتحضن فيه الأولاد، فإن قضاة المجلس الذين قضوا بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم بناء على

طلبها وإلزام الأب بأخذهم وهو ليس حاضنًا مباشرًا بل يحضن بغيره من النساء (زوجته الثانية) التي ليست أكثر حنانًا من أمهم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام الحضانة}.

← التنَازُلُ مشْرُوطٌ بعدَم الإضْرَار بالمحْضُون = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1989/07/03 فَصلاً في الطّعن رَقم 54353 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/1992، الصّفْحَة 45) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقرَّر قَانونًا أنه يَسقُطُ حق الحاضنة بالتزوج بغير قريبٍ محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا المَبْدَأ يُعَدّ خَرقًا للقانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ قضاةَ المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنتَ مريضةٌ مرضًا يحتاجُ إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة}.

◄ وأيضًا = قرَارُها الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2002/02/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 282153 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2004، الصّفْحَة 282) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : تنازُلُ الأم عن الحضانة جائزٌ إذا كان لا يَضُرُّ بمصلحة المحضُون}.

← حتى في حَالة التنَازُل يجبُ مراعَاةُ مصلَحة المحضُون = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/05/23 فصلاً في الطّعن رَقم 257741 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2003، الصّفْحَة 363) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : إنّ رفضَ القضاة لطلب الحضانة بعد التنازل عنها (من طرف الأم) دون مراعاة مصلحة المحضون يُعدّ خطأ في تَطبيق القَانُون}، وجاء في حيثيات القرار أن «مصلحة المحضون هي الأساس في دعوى الحضانة».

← مصلَحة المحضُون أوْلَى رغمَ التنازُل عن الحضَانة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2010/10/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 581222 (مَنشُور بالمَجلَّة القَضَائية، العَدَد 1/2011، الصّفْحَة 248) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : تقتضي مصلحة المحضون إسنادَ حضانته لأمه بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق بسبب الحكم على الزوج لارتكابه جريمة مخلّة بشرف الأُسْرَة}. وفي قَضيّة الحَال كانت المحكمة قد رفضت طلب التطليق وبعد الاستئناف قضى المجلس بقبول الطلب على أساس أن الطاعن قد أُدين وعُوقب بالحبس من أجل السرقة وانتحال صفة الغير.

← تَرَاجُعُ الأُمّ عَن تَنَازُلِهَا عَنْ الحَضَانَةِ مَرْهُونٌ بمُرَاعَاةِ مَصْلَحَةِ المحْضُون = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عن غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1999/04/20 فَصْلاً في الطَّعْن 220470 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 181) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من المستقرّ عليه أنَّ مسألةَ إسناد الحضانة يُمكن التّراجُعُ فيهَا لأنّها تَخُصُّ حالة الأشخاص ومصلحتهم. ومتى تبين، في قضية الحال، أن تنازل الأمّ عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليْها إذا كانتْ مصلحة المحْضون تتطلّب ذلك طبْقًا لأحْكام المادّتيْن 66 و67 منْ قانُون الأسْرَة. وأنّ قضاة المجْلس لمّا اعتمدوا في حكْمهم فقطْ على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصْلحة المحْضون أخْطأوا في تَطبْيق القَانُون}.

← مراعَاة مصلَحة المحضُون تتعلّقُ بحالة التنازل فقطْ وليْس بحالة الزّواج بغيْر قريبٍ مَحْرَم = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2012/09/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 693936 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2012، الصّفْحَة 253)

وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : تسقُطُ الحضانةُ بالتزوّج بغير قريبٍ محرم وبالتنازلِ ما لم يضر بمصلحة المحضون. مصلحة المحضون الواجبُ على القاضي مراعاتُها تنصبُّ على التّنازل عن الحضانة فقط}. وجاء في حيثيات القرار :

" حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبيّنُ وأنه قضى بإلغاء الحكم المستأنَف القاضي بإسقاط الحضانة عن الأم لزواجها بغير قريبٍ محرمٍ اعتمادًا على أن مصلحة المحضون وفقا لنص الْمَادّة 66 من قانون الأُسْرَة تقتضي بقاءَه لدى والدته.

حيث أن الْمَادّة 66 من قانون الأُسْرَة تنص على أن الحضانة تسقط بزواج الحاضنة بغير قريبٍ محرمٍ وأن المصلحة في سقوط الحضانة وانتقالها إلى من يليها في الترتيب قائمةٌ بمجرد إعادة الحاضنة الزواجَ بغير قريبٍ محرم، لأن مصلحة الولد تقتضي بقاءَه مع والده بدلاً من زوج أمه، وأن مصلحةَ المحضون الواردة في نص الْمَادّة 66 المذكورة الواجب على القاضي مراعاتُها تعودُ على السبب الثاني الخاص بالتنازل وليس على السبب الأول الذي حَكَمَ القانونُ بشأنه بالسقوط بمجرد توافره دون حاجة للتدليل عليه، وتكون بذلك المصلحة مفترضة بنص القانون لا بتقدير القاضي، مما يجعل الوجهين سديدين".

➜ زواجُ الحَاضِنَة بغيْر مَحْرَم = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/05/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 331058 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، الْعَدَد 1/2005، الصّفْحَة 383) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يسقط حق الأمّ في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم}.

➜ زواجُ الجَدّةِ لأمٍّ بغيْر مَحْرَم لا يَسمَحُ لهَا بالْحَضَانَة = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادر عنْ غُرفَة شُؤُون الأسْرَة بتَاريخ 1986/05/05

فَصلاً في الطّعن رَقم 40438 والمَنشور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عَدَدهَا رَقم 2/1989 الصّفحَة 75 وَقد جَاءَ فيه ما خلاصته : {متى كان مقررا في أحْكام الشّريعَة الإسْلاميّة أنّه يشْترط في المرْأة الحاضنة ولوْ كانت أمّا، فأحْرى بغيْرها، أنْ تكون خالية من الزّواج، أمّا إذا كانتْ متزوّجة فلا حضانة لها لانْشغالها عن المحْضون، فإنّه من المتعيّن تطْبيقُ هذا الحكْم الشّرْعي عنْد القضاء في مسائل الحضانة. لذلك يستوْجبُ نقْض القرار الذي خالف أحْكام هذا المبْدأ وأسْنَدَ حضانة البنْت لجدّتها لأمّ المتزوّجة بأجْنبي عن المحْضونة}، وجاء في صلب القرار أن شرط خلوّ المرأة الحاضنة من الزوْج قد ذكره الشيخ خليل في باب الحضانة (والأنثى الخلوّ من زوْج دَخَل).

← حُجّيَة الشَّيْءِ المقْضي لا تَسْري فيمَا يتعلّقُ بأحْكَام الْحضَانة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2000/02/22 فَصلاً في الطّعن رَقم 235456 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2001، الصّفْحَة 280) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : إنّ تنازل الأم عن الحضانة لا يُعتبر نهائيا لأنّ حضانة الأولاد من المسائل المتعلّقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرّجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام الْمَادّة 66 من قَانُون الأُسْرَة}.

الْمَادّة 67 : (عُدِّلَتْ بالأَمْر رَقْم 05-02 المؤرَّخ في 27 فبْرَاير 2005)

تَسْقُطُ الْحَضَانَةُ باخْتِلاَلِ أَحَدِ الشّرُوطِ المَنْصُوصِ عليْهَا في الْمَادّة 62 أعْلاه.

ولا يُمْكنُ لِعَمَلِ المرْأَةِ أنْ يُشَكّلَ سَبَبًا من أَسْبَابِ سُقُوطِ الْحَقّ عنْها في مُمَارَسَةِ الْحَضَانَة.

غيرَ أنهُ يَجبُ في جَميعِ الحَالاَتِ مُرَاعَاةُ مَصْلَحَةِ المحْضُون.

➜ وَقَدْ كَانَتْ الْمَادّة 67 مُحَرّرَةً فِي ظلّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤرَّخ فِي 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شَرْعًا في الْمَادّة 62 أعلاه.

غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق بالفقرة أعلاه}.

❖ وما هو منصوص عليه في الْمَادّة 62 أعلاه، الذي أشارت إليه الْمَادّة، هو القدرة على تربية المحضون ورعايته وتعليمه.

➜ طلَبُ إسْقَاط الْحَضَانة يجبُ أنْ يكُونَ مَصْحُوبًا بإثْبَاتِ سَببه = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1988/11/07 فَصلاً في الطّعن رَقم 50270 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 3/1991، الصّفْحَة 48) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدّيّة وواضحة ومضرّة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته، وَمِنْ ثَمَّ فإنّ النّعيَ على القَرَار المطعُون فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محلّه. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ المجلس القضائي لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أنّ الأب لم يثبت إهمال الأمّ لولدها يكون قد طبّق القانون تطبيقا صحيحا}.

➜ مُرَاعَاةُ مَصلحةِ المحضُون = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1996/05/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 134951 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/1997، الصّفْحَة 86) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا أنه في حالة سقوط الحضانة عن الأم يجب مراعاة مصلحة المحضون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ الطّاعنة سلّمت البنتين لأبيهما مؤقتا من وقت الطّلاق أي سنة 1988

لعدم وجود مسكن لها لممارسة الحضانة ولم تطالب بهما إلا في 1993 أي بعد خمس سنوات فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون طبّقوا صحيح القانون}.

← ثبوتُ الزِّنَا لاَ يَمْنَعُ من إسْنادِ الْحضانة = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2010/07/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 564787 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2010، الصَّفْحَة 262) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يمْكن إسْناد الحضانة للأمّ المدانة بجريمة الزّنا متى تحقّقتْ مصْلحة المحْضون}، وفي قضية الحال اعتمد القضاة على كون المحضونة لا تزال طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء.

الْمَادّة 68 :
إذا لمْ يَطْلُبْ مَنْ لَهُ الْحَقُّ في الْحَضَانَةِ مُدَّةً تَزيدُ عَنْ سَنَةٍ بِدُونِ عُذْرٍ سَقَطَ حقُّهُ فيها.

← المطالبةُ بالحضانة تكونُ في مدّة سنَة : قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1984/06/25 فَصلاً في الطّعن رَقم 33636 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 3/1989، الصَّفْحَة 45) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : متى كان من المقرر شَرْعًا أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنةٍ كاملةٍ دون المطالبة بها، وكان مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا كذلك أن القرارَ الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة ما قُدّم من أدلّة وما أُبديَ من طلبات ودفوع في الدعوى فإن هذا القرارَ يكون مشوبًا بالقصور في التسبيب ومخالفًا لأحكام الشّريعَة الإسْلاميّة في مقتضياته. إذا كان الثابت في قضية الحال أن الجدّة لأمّ طالبتْ بإسْنَاد الحضانة لها بعدَ مُضيّ سنةٍ كاملةٍ من سَبْقِ إسْنادِها للأبِ مما يترتّب عنه سقوط حقها في

الحضانة، فضلا عن كونها تسكن مع ابنتها أمّ البنت المحضونة، فإن قضاة الاستئناف بعدم ردّهم على الدّفوع التي تمسّك بها الطّاعن وخاصّة فيما يتعلّق بتاريخ القيام رغم أن القيام القضائي جرى على أنّه لا يقبل الطلب الذي يقدّم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة، وبعدم ردّهم أيضًا على دفع الأب الطّاعن المتعلق بسكن الجدّة مع ابنتها - أم البنت المحضونة-يُشكّل قصورًا واضحًا في التعليل}.

➜ وأكدت المَحكَمَةُ العُلْيَا ذلك في قرارها الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة والمَوَاريث بتَاريخ 1984/07/09 فَصْلاً في الطّعْن رَقم 32829 (مَجَلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، العدد 1/1990، الصَّفْحَة 60) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصته : {من المقرر شرعًا، وعلى ما استقرّ عليه الاجتهاد القضائى، أن الحضانة تسْقُط عن مسْتحقّها إذا لمْ يُمارسْ ذلك الحقّ خلالَ سنة، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقًا لمبادئ الشريعة الإسلامية. ولمّا كان الحكمُ الذي قضى بإسناد الحضانة للأب صدر في 1975/05/20 وأن الجدّة لأم لم تحرّك ساكنا إلاّ في شهر ديسمبر 1980 حيث طلبت ممارسة الحضانة فإن قضاة الاستئناف بقضائهم بإسقاط حضانة الأبناء عن الأب وبإسنادها للجدة لأم أخطأوا في قرارهم هذا وخالفوا بذلك قواعد الفقه الإسلامي}.

➜ يجبُ إبْرازُ حساب مدّةِ السّنةِ في حالِ الاعْتمادِ على هذا الشّرْط = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَةَ الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1990/02/05 فَصلاً في الطّعن رَقم 58220 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضَائية، العَدَد 3/1993، الصّفْحَة 53) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقَرّر قَانُونًا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحقّ فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقّه فيها، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا المَبْدَأ يُعَدّ مُخَالفًا للقانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال،

أنّ السّنَة لمْ تمْضِ بعْد على المطالبة بالحضانة من قبل الأمّ وهي لا زالت متمسّكة بها، فإن قضاة المجلس بحرمانهم الأم من حقّ الحضانة وإسنادها للجدّة من الأب يكونوا قد خالفوا القانون}.

← قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/05/17 فَصلاً في الطّعن رَقم 364850 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2007، الصّفْحَة 437) جَاءَ في حيثياته أنّ الجدّة لأمّ لمْ تطالبْ بالْحضانة إلاّ بعْد أربع سنواتٍ من وفاة الأبوين، والمحضُون موجودٌ لدى خالِه، وأنها بذلك قد خالفتْ أحْكام الْمَادّة 68 من قَانُون الأُسْرَة.

الْمَادّة 69 :
إذا أرادَ الشّخْصُ المَوْكُولُ لهُ حَقُّ الْحَضَانَةِ أَنْ يَسْتَوْطِنَ في بَلَدٍ أَجْنَبي رَجَعَ الأمْرُ للْقَاضي في إثبَاتِ الْحَضَانَة لَهُ أَوْ إسْقَاطِهَا عنْه، مع مُرَاعَاةِ مَصْلَحَة المحْضُون.

❖ عند فقهاء الشّريعَة الإسْلاميّة أنّ سَفَرَ الحاضنة أو الولي، خارج بلد إقامة الأب أو الولي، سَفَرَ انتقالٍ وسُكْنَى بصفةٍ دائمة، وكانت المسافةُ بعيدةً (كمسافةِ قصرِ الصلاة مثلا وهي 80 كلم) سَقَطَت الحضانةُ وانتقلتْ لمنْ هو أَوْلى.

← الْحَقُّ في الْحَضانة يعُودُ لمنْ يُوجَدُ في الْجَزائر = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1989/01/02 فَصلاً في الطّعن رَقم 52207 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 4/1990، الصّفْحَة 74) وَقَد جَاءَ فيه: {الْمَبْدَأ: من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحقّ بهم ولو كانت الأمّ غير مسلمة، ومِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا

أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العامّ الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرّر يستوجب رفضه. ولمّا كَانَ الثّابتُ، فِي قَضيّة الْحَال، أنّ الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيَيْن اللّذين أسندا حضانة البنتين إلى أمهما، فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرّامي إلى وضع الصّيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين لكون بقاء البنتين بفرنسا يغيّر من معتقداتهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلا عن أن الأب له حقّ الرقابة وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا طبّقوا صحيح القانون}.

← إذا كان الأبوان يُقيمَان كِلَيْهِمَا فِي الخَارج فتُطبَّقُ أَحْكَامُ الحضانة بصفةٍ عادية = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشَخْصيّة بتَاريخ 1989/12/25 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 56597 (مَنشُور بالمَجلَة القَضَائية، العَدَد 1991/3، الصّفْحَة 61) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مَتَى كَانَ من المُقَرّر شَرْعًا وَقَانُونًا أنّ الحضانة تُسند لأحد الأبوين الذي يَسكن بالجزائر سواء كان أمّا أمْ أبا فإنّ سَكَنَ الوالديْن معا فِي بلد أجنبي يَستلزمُ تطبيق القواعد الشرعية المعروفة فِي الحضانة، وَمنْ ثمَّ فإنّ النّعيَ على القَرَار المطعُون فيه بمخالفة القانون غير سديد. ولمّا كَانَ الثّابتُ، فِي قَضيّة الْحَال، أنّ قضاة المَوْضُوع الذين قضوا بإسناد حضانة الولد والبنت لأمهما طبقا للقواعد الشرعية طبقوا القانون تطبيقا صحيحا}، كما رفض قرارُ المحكمة العليا فِي صلبه الدفعَ المستند على أن القرار المطعون فيه قد قضى بأن تدفع مبالغ النفقة بالعملة الفرنسية واعتبر أن ذلك أمر منطقي ما دام كل الأطراف يقيمون بفرنسا فالنفقة تدفع بالعملة المتداولة بمكان الإقامة.

← ممارسةُ الحضانة في بلدٍ أجنبي = قرار المحكمة العُليا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 1993/06/23 فصلاً في الطّعن رَقم 91671 (مَنْشور بالمجَلّة القضائية، العَدد 1/1994، الصّفْحَة 72) وَقَد جاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقرَّر قانُونًا أنه إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، أنْ يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة القاضي بإسناد الحضانة للأم قد اشترطوا، تلقائيا، ممارسة الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه يقيم هو نفسه بفرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حال الطّرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، وما دام قضاة المَوْضُوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإن قرارهم استوجب النقض الجزئي}.

الْمَادّة 70 :
تَسْقُطُ حَضَانَةُ الْجَدّةِ أَوْ الْخَالَة إذَا سَكَنَتْ بمَحْضُونِها مَعَ أُمِّ المحْضُونِ المتَزَوّجَةِ بغَيْرِ قَريبٍ مَحْرَم.

الْمَادّة 71 :
يَعُودُ الْحَقُّ في الحَضَانَةِ إذا زَالَ سَبَبُ سُقُوطِهِ غَيْر الاخْتيَاري.

← التفريقُ بين أسْبابِ سُقُوطِ الحَضَانَة الاختيارية وغير الاختيارية يَختصُّ به المذهبُ المالكي فقطْ دون بقية المذاهب الإسلامية الأخرَى التي لا ترَى مَانعًا من عَوْدة الحضانة إلى مَنْ سَقَطَت عنه لأيّ سببٍ كان.

← إذا كان سببُ السُّقُوطِ اختياريا فلا تعُود الحضانةُ بعدَ زواله = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1990/02/05 فَصلاً في الطّعن رَقم 58812 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 4/1992، الصّفْحَة 58) وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقرَّر قَانُونًا أنه يعود الحقّ في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومنْ ثمّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا الْمَبْدَأ يُعَدّ مخالفا للقانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ الأم أُسقِطَتْ حضانتُها بعد زواجها بأجنبي فإن المجلسَ لما قضى بإسناد الحضانة إليها، بالرغم من أنّ زواجها بالأجنبي يُعدّ تصرّفا رضائيا واختياريا، يكون قد خالف القانون}.

≠ وفي اجتهاد مناقض له قضت المَحكَمَة الْعُليَا في قرارها الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/07/21 فَصلاً في الطَّعْن 201336 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصيَّة، 2001، الصَّفْحَة 178) وَقد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {متى تبيّن، في قضيّة الحال، أن المطعون ضدّها قد تزوّجت بغير قريب محرم ثمّ طلِّقت منه ورَفَعَت دعوى تطلب فيها استعادة حقّها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقّها في الحضانة طبقاً لأحكام المادّة 71 من قانُون الأسْرَة قد طبّقوا صحيح القانون}.
(الزواج سببٌ اختياري يُسقِطُ الحضانة، وكان الأوْلى الاعتماد على قاعدة مصلحة المحضون لتجاوز صراحة النص - المؤلف).

← طلبُ إسقَاطِ الحضَانةِ لا يكونُ بعد زوالِ سببِ السُّقُوط = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2000/11/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 252308 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2001، الصّفْحَة 284) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطّاعنة رغم زوال سبب السّقوط،

ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم يعد مخالفة للقانون وقصورا في التسبيب (الطلاق كان في فيفري 1998 بينما القرار المطعون فيه القاضي بإسقاط الحضانة صدر في 2000/03/01، وكان النقض بدون إحالة على أساس أن الحكم الابتدائي قد رفض طلب إسقاط الحضانة}.

الْمادّة 72 : (عُدِّلَتْ بالأمْر رقْم 05-02 المؤرَّخ في 27 فبْراير 2005) في حالةِ الطّلاق، يجبُ على الأب أنْ يُوفّر، لممارسةِ الحضانة، سكناً مُلائماً للحاضِنة، وإنْ تعذّر ذلك فعليْه دفْعُ بدل الإيجار. وتبْقى الحاضِنةُ في بيْتِ الزّوْجيّة حتى تنْفيذِ الأب للْحُكْم القضائي المتعلّق بالسّكن.

← وَقَدْ كَانَتْ الْمَادّة 72 مُحَرّرَةً في ظلّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤرّخ في 9 يُونْيو 1984 كَمَا يَلِي :

{نَفَقَةُ المحْضُون وسُكْناهُ منْ ماله إذا كان له مال، وإلاّ فعلى والده أنْ يُهيّئَ له سكنا، وإنْ تعذّر فعليْه أُجْرته}.

← الْمَادّة 467 من القانُون المَدَني كانت محررة في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 (قبل تعديلها بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13) كما يلي : {ينعقد الإيجار بمقتضى عقدٍ بين المؤجّر والمسْتأجر. وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أنْ يُعين من الزوجين مَنْ يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة}، وكانت المحكمة العليا تعتبر أنّ تطبْيق الفقْرة الثانية تقتضي أنْ يكون عقد الإيجار باسم أحد الزوجيْن وليْس باسم الغير = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1984/12/03 فَصلاً في الطّعن رَقم 34397 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 4/1989،

الصفحة 104) وقد جاء فيه : {المبدأ : لما كانت أحكام المادة 467 من القانون المدني التي تخول للقاضي الذي يصرح بالطلاق إعطاء السكن الزوجي للزوج الذي أسندت إليه حضانة الأولاد قد أخذت في اعتبارها أن السكن المذكور مؤجر وأن تأجيره باسم أحدهما، أما إذا كان باسم غيرهما فإنه ليس لأحدهما أنْ يستفيد منه تحت ظلّ نص هذه المادة، ومنْ ثمّ فإنّ القضاء بما يُخالفُ هذا المبْدأ يُعدّ خرقًا للقانون. ولما كان القرار المطعون فيه قد قضى بمنح السكن المؤجر باسم أمّ الزوج للزوجة المطلّقة فإنه بهذا القضاء قد خرق أحكام المبْدأ المتقدّم}.

◄ توْفيرُ السّكن في النّصّ الْحالي مُرْتبطٌ بمُمارسة الْحضانة (بخلاف الْمادّة 75 بعده) = قرار المحكمة العُليا الصّادر عنْ غُرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 2009/07/08 فصلاً في الطّعن رقم 506369 (منْشُور بالمجلّة القضائية، الْعدد 2/2009، الصّفْحة 306) وقد جاء فيه : {الْمبْدأ : لا يحقّ للبنْت بعد انتهاء الحضانة المطالبةُ ببدل الإيجار، ويحقُّ لها مطالبة وليّها بالنّفقة}، وجاء في حيثيات المحكمة العليا : «لكن حيث أن بدل الإيجار حقٌّ منحهُ المشرّعُ للمطلّقة الْحاضنة طبقًا لأحْكام الْمادّة 72 من قانُون الأُسْرة، وبالتّالي فالمطْعُون ضدّهما (بنتان بالغتان) ليْس لهما الْحقّ في المطالبة ببدل الإيجار بلْ لهما الحقّ في المطالبة منْ والدهما الإنْفاق عليْهما وفْق أحْكام الْمادّة 75 من قانُون الأُسْرة إذا توفّرت شروطها فيهما».

← موْقعُ السّكن المخصّص للْحضانة = قرار المحكمة العُليا الصّادر عنْ غرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2010/11/11 فصلاً في الطّعن رقم 581700 (منْشُور بالمجلّة القضائية، الْعدد 1/2011، الصّفْحة 252) وقد جاء فيه : {الْمبْدأ : يتحدّد مكان سكن ممارسة الحضانة إما بمكان تواجد بيْت الزّوْجية أو بمكان تواجد

أهل الحاضنة}. وفي قضية الحال طالبت الحاضنة بتوفير السكن بالمدينة التي يُقيمُ فيها أهلُها في حين كان الأبُ قد وفّر مسكنًا بالمدينة التي يوجد بها مسكن الزوجية، وقد استجاب قضاة المَوْضُوع لطلب الحاضنة ولكن المحكمة العليا نقضت القرارَ على أساس أن المَادّة 72 من قانون الأُسْرَة لم تحدد المكان الذي يجبُ توفير السكن فيه، ومن جهة أخرى فطالما أن الأبَ وفّر المسكن في المكان الذي يُقيمُ فيه وهو مكان بيت الزوجية قبل الطلاق فإنه لا يمكن إلزامُه بتوفير السكن في مكان آخر تختارُه الحاضنة، خاصة وأن المكانَ الأول يُحققُ مصلحةَ المحضون من باب رعاية الأب له وتفقّد أحْواله، الأمْر الذي يجعل القرار المطْعون فيه مشوبا بالقصور في التسبيب ويتعيّن معه نقضه.

← النّفقةُ علَى البنْت الْبَالغة لا يَشْمَلُ السّكَنَ المنْفَرد = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/12/10 فَصلاً في الطّعن رَقم 535329 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2010، الصّفْحَة 235) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا يحقّ للبنت بعد انتهاء سنّ الحضانة مطالبة والدها بسكن منفرد}، وجاء في حيثيات المحكمة العليا : «ولما تبيّن من دعْوى الْحال وما يُسْتَشَفُ من الملفّ أنّ الطّاعنة تَعَدّتْ سنّ الحضانة وحينئذ الأبُ (المطعون ضده) ملزمٌ بإيوائها عنده إلى غاية الدخول وليس تخصيص مسْكن منْفرد كما تطالب به المدّعية في الطّعن».

← ولكنْ إذا رَفَضَ الأبُ إيوَاءَ ابْنته معَه وَجَبَ عليْه حينَئذٍ توْفيرُ السّكَن أوْ بَدَل إيجاره = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2012/05/17 فَصلاً في الطّعن رَقم 686369 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2012، الصّفْحَة 257) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : الأب ملزم بتوفير سكن أو بدل إيجار لابنته، المنقضية

حضانتُها ببلوغها سنّ الزّواج، في حالة امتناعه عن ضمّها إليه ورفضه إقامتَها معه في بيته}. وفي قَضِيّة الْحَال فإن قضاة المَوْضُوع ألزموا الأبَ بتوفير السكن أو بدل الإيجار رغم تصريحه باستعداده لإيواء ابنته معه فنَقَضَت المحكمةُ العليا قرارَهم، وجاء في حيثيات قرار النقض :

" حيث أنّ الْمَبْدَأ أنّ الأبَ يكونُ ملزمًا بتوفير السّكن الملائم لمارسة الحضانة في حالة الطّلاق، وفي حالة تعذّر ذلك يكونُ ملزمًا بدفع بدل الإيجار، وأنّ هذا الالتزامَ في الحالتين يكونُ تجاه الحاضنة وليس تجاه الأبناء مباشرة، وأنّ انقضاءَ حضانة البنت يكون ببلوغها سنّ الزّواج، وبالتّالي فطالما أنّ المطعونَ ضدها بلغت سنّ الزواج وتعيشُ بمفردها فإنّ الأبَ لا يكون ملزمًا بتوفير السكن لها إلاّ إذا امتنعَ عن ضمّها إليه ورفض إقامتَها معه في بيْته وتحت سقْف منزله، وأنّ قضاةَ المجلس بقضائهم بتخْصيص السّكن للمطعون ضدّها دون التأكّد من امتناع الأب من ضمّ ابنته إليْه قد أفقدُوا قرارهم الأساس القانوني وعرّضوه للنّقض".

← مراعاةُ مصْلحة المحْضُون عنْدَ تخْصيص السّكن = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/01/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 477191 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العْدَد 2/2009، الصّفْحَة 275) وَقَد جَاء فيه : {الْمَبْدَأ : يتعيّن على الوالد عند تخصيص سكن لمارسة الحضانة مراعاة مصلحة المحضون}، وفي قضية الحال وفّر الوالد سكنا لمارسة الحضانة في مدينة أخرَى غير أن قضاة المَوْضُوع ألزموه بدفع بدل الإيجار لمسكنٍ في المدينة التي وُلد فيها الأبناءُ ويُزاولون فيها دراستهم.

← قبُول الْوَليّ إيواءَ الْحَاضنة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/11/16 فَصلاً في الطّعن رَقم 348956 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العْدَد 2/2005، الصّفْحَة 425) وَقَد

جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يَثْبتُ قبولُ الوليّ إيواءَ الحاضنة بتصريحه بذلك أمام القضاء}، وجاء في القرار أيضًا أن النص القانوني لم يشترط وجود عدد من الأولاد لاستحقاق المسكن أو بدل الإيجار.

← توفيرُ السّكن للمُطلّقة الحاضنة حسب وُسْع الزّوج = قرار المَحكمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 1991/04/23 فصلاً في الطّعن رَقم 73949 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدد 1/1994، الصّفْحَة 49) وَقد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقرّر قَانُونًا أن المطلّقة إذا كانت حاضنةً ولمْ يكنْ لها وليّ يقْبلُ إيواءها، يُضْمن حقها في السّكن مع محضونها حسب وُسْع الزّوج، ويُستثنى من القرار بالسّكن مسْكن الزّوْجية إذا كان وحيدًا، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا الْمَبْدَأ يُعَدّ خرقًا للقانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّه لا يُوجد أيّ دليل يُثْبت أنّ الطّاعن يَمْلك أكْثر من سكن واحد زائد عن بيْت الزّوْجية، فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بحقّ المطلّقة ببيْت الزّوجية يكونوا قد خرقوا القانون}.

← إذا كانَ للزّوْج مَسْكنان (نعم) = قرار المَحكمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 1993/04/27 فَصلاً في الطّعن رَقم 105366 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدد 2/1994، الصّفْحَة 88) وَقد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقرّر قَانُونًا أنه إذا كانت الأمُّ حاضنةً ولم يكن لها وليّ يقبلُ إيواءَها فعلى الزّوج، حسب وُسْعه، أنْ يَضْمَن حقها في السّكن مع محضونيها. وأنّ نفقة المحضون وسُكناه من ماله إذا كان له مال، وإلاّ فعلى والده أنْ يُهيّئ له سكنا، وإنْ تعذّر فعليه أجرته. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ للزوج مسكن آخر بنفس البلدية، حسب اعترافه، فإن قضاة المجلس قد أخطأوا بقضائهم من جديد برفض طلب الطّاعنة بتخصيص مسكن يضمن حقّ المحْضون بالإيواء فيه، لاسيما وأنّ احْتمالَ عدم وجود وليّ يقْبل إيواءَها مع محْضونها قائم}.

❖ وأكدت المَحكَمَة العُليَا ذلك في قرارها الصّادر عن غُرفة شؤُون الأُسرَة بتاريخ 1999/06/15 فصْلاً في الطّعْن 223834 (مَجلّة المَحْكَمَةِ العُلْيا، عَدَد خاص باجْتِهادِ غُرفَةِ الأحْوالِ الشّخْصيّة، 2001، الصّفْحَة 225).

← يجبُ توفيرُ السّكن أوْ أُجْرته ولوْ كان المحْضون واحدًا = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتاريخ 1994/11/29 فصلاً في الطّعن رَقم 112705 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1995/1، الصّفْحَة 140) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من لمقرّر قانونا أنّ نفقة المحضون وسكناه من ماله إن كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا، أمّا إذا تعذّر فعليه أجرته. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ قضاة المجلس أسّسوا قرارهم المنتقد على (أن الطاعنة لا يحقّ لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين) فإنهم بذلك قد أساءوا تَطبيق القَانُون، وكان يتوجّب عليهم إلزام المطعون ضدّه بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته}.

- وأيضا قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2002/03/13 فصلاً في الطّعن رَقم 276760 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2004/1، الصّفْحَة 274) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : السكن حقّ للمحضون حتى ولو كان المحضونُ وحيداً لأنه من عناصر النفقة}، وجاء في حيثيات القرار أنه «لا يوجد حاليا أي نص قانوني يؤيد هذا الاتجاه (توفير المسكن أو أجرته لا يكون إلا إذا تعلقت الحضانة بأكثر من ولدين) ولا يوجد أي اجتهاد للمحكمة العليا يقضي بذلك منذ تاريخ صدور قَانُون الأُسْرَة».

← إقامةُ الْحَاضنة عنْدَ أهلْها = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2002/05/08 فَصلاً في الطّعن

رَقم 282052 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، الْعَدَد 1/2004، الصّفْحَة 279) وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : إقامة الحاضنة عند أهلها لا يُسْقط الحقّ في مطالبة والد المحْضون بالسّكن أوْ بأجْرته}.

← امْتلاكُ الْحاضنة لسكن لا يُعْفِي الأبَ مِنْ واجب توْفير السّكن = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2002/07/31 فَصلاً في الطّعن رَقم 288072 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2004، الصّفْحَة 285) وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا يُعفَى الوالدُ من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتّى ولو كان للحاضنة سكن}.

← كوْنُ الْحاضنة عاملةً لا يُعفِي الأبَ منْ واجب توْفير السّكن = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادِر عنْ غرفة شُؤون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/04/21 فَصْلاً في الطّعْن 189260 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصيّة، 2001، الصَّفْحَة 213).

← لا يَصِحُّ الحُكْمُ بتقْسيم المسْكنِ الزّوْجي الْوحِيدِ وتخْصيصِ طابقٍ لممارسةِ الْحضانة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1999/02/16 فَصلاً في الطّعن رَقم 215212 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، الْعَدَد 1/2000، الصّفْحَة 181) وَقد جَاءَ فيه : {المستفادُ من القرار المطعون فيه أنّه اعتبر مسكن الزّوجية المتكوّن من طابقين سفلي وعلوي عبارة عن مسكنين وخصّص بالتالي الجزء السفلي للحاضنة لممارسة الحضانة، وهو قضاء لا يتماشى والمنطق، فالشيء المجزّأ يعتبر شيئا واحدا، فكان ينبغي عندئذ على قضاة المَوْضُوع أن يقضوا بأجرة المسكن بدلا من تخصيص الجزء السّفلي من المسكن، ليكون قضاؤهم متماشيا مع أحكام الْمَادّة 72 من قَانُون الأُسْرَة على أساس أن المطلقة الحاضنة صارت بعد الطلاق أجنبية عن المطلق يستحيل أن

يتعاشرا في مسكن واحد، مما يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص السكن لممارسة الحضانة}.

← لا وَجْهَ لِلْحاضنة للتمسُّك بحق البَقاء في حال بيْع المسْكن المسْتأجَر = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشَخْصيّة بتَاريخ 2001/03/28 فصلاً في الطّعن رَقم 258532 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2002/1، الصّفْحَة 316) وَقَد جَاءَ فيه: {المَبْدَأ: لا يجوز التمسك بحق البقاء في المسكن على أساس ممارسة الحضانة إذا ثبتت ملكية المسكن لشخص آخر}، وجاء في حيثيات القرار «أن المطعون ضدها سبق لها أن استفادت من السكن مَوْضُوع النزاع قصد ممارسة الحضانة لأبناء المتوفّى عندما كان مستأجرا لهذا المسكن الذي وقع التنازل عنه لفائدة الطاعن الذي اشتراه بعقد مؤرخ في 1992/03/21 وعليه فالمطعون ضدها لم يبق لها أي حقّ للتمسك بهذا المسكن على أساس ممارسة الحضانة، وعليه فالحكم المستأنف الصادر في 1994/06/28 القاضي بطرد المطعون ضدها من السكن مَوْضُوع النزاع مؤسس علىّ عقد البيع وبالتالي فهذا الحكم المستأنف حكم سليم مما يجعل الفرع مؤسس الأمر الذي يتعيّن معه نقض القرار المطعون فيه (الذي ألغى الحكم وقضى برفض الدعوى) وبدون إحالة».

← سَرَيَانُ بَدَلِ الإيجار إذا لمْ يُذْكَر في الحُكم = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/06/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 331833 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2005/1، الصّفْحَة 315) وَقَد جَاءَ فيه: {المَبْدَأ: بدل إيجار سكن المحضون يسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة}، وجاء في صلب القرار أن عدم ذكر تاريخ بداية استحقاق بدل الإيجار في القرار المطعون فيه لا يؤثر في سلامة القرار

باعتبار أن الإيجار تستحقه الحاضنةُ ابتداء من تاريخ صدور القرار الذي وافق على إسناد الحضانة إليها. وأكدت المَحكَمَة العُليا ذلك في قرارها الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/01/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 460137 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/2009، الصَفْحَة 251).

← تنازُلُ الأمّ عن حُقُوقِها لا يعْنِي التّنازلَ عنْ حقوقِ المحْضُونين = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2007/04/11 فَصلاً في الطّعن رَقم 384529 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2008، الصَفْحَة 291) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا يشملُ تنازُلُ الأم عن جميع حقوقها المنجرّة عن حكم الطّلاق حقوقَ المحضونين في تهيئة مسكنٍ لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الإيجار}.

← إذا وفّر الأبُ مَسكنًا لمَمارسَة الحَضانة زالَ التَّخْيير = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/01/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 474255 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2009، الصَفْحَة 267) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : القضاءُ بتخيير الزّوج بين تخصيص سكن للحاضنة أو دفع بدل الإيجار، بالرغم من تخصيص الزوج سكنا مستقلا لممارسة الحضانة، إساءة للتطبيق السليم للقانون}، وجاء في حيثيات القرار أنه «كان على قضاة المَوْضُوع أن يحكموا على الطاعن بتخصيص هذا المسكن للحاضنة لممارسة الحضانة بَدَلَ أن يخيّروه بين تخصيص المسكن أو بدل الإيجار».

← الالتزامُ ببدل الإيجار هو التزامٌ بَدَلِيّ (وليس تخْييري) في حالة عدم الوْفاء بالالْتزام الأصْلِي وهو توْفير السّكن = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2010/09/16 فَصلاً في الطّعن رَقم 566381 (مَنشُور بالمَجلّة

القضائية، العدد 2/2010، الصفحة 268) وقد جاء فيه : {المبدأ : توفير سكن ملائم للأم لممارسة الحضانة يحول دون مطالبتها ببدل الإيجار}، وجاء في حيثيات قرار المحكمة العليا :

«وحيث أن المادة 72 من قانون الأسرة تنص بأنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وحيث إنه لذلك يجب على قضاة المجلس التطرّقُ إلى عرض الطاعن فيما يخصّ توفير سكنٍ لممارسة الحضانة، لأن الالتزامَ الأولَ الواقع على الطاعن المطلّق هو توفير سكن لممارسة الحضانة وفي حالة تعذر ذلك عليه ينتقلُ الإلزامُ إلى بدل الإيجار».

← إذا تضمّنَ عقْد الزّواج اتّفاق الطّرفيْن على حقّ بقاء المطلّقة في مسْكن الزّوْجية (نعم) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2000/10/17 فَصلاً في الطّعن رَقم 253111 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 2/2003، الصّفْحَة 278) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : القضاء ببقاء الزوجة في المسكن الزوجي بعد الطلاق تنفيذًا لبنود عقد الزواج قضاء سليم}.

← بدلُ الإيجار يُعْتَبَرُ منْ نفقة المحْضُون، ولا تَطَالُهُ أحْكام حجيّة الشّيْءِ المقْضي = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/01/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 481857 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 2/2009، الصّفْحَة 292) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : يمكن المطالبة ببدل الإيجار المعتبر من مشتملات النفقة المستحقّة للمحضون في أي وقت، ولا يمكن التمسك بخصوصه بحجيّة الشّيء المقضي فيه}، وجاء في صلب القرار أن المطعون ضدها تستحق السكن أو بدل الإيجار حتى وهي

حاضنة لطفل واحد، وأن بدل الإيجار يُعتبر من مشتملات النفقة التي تبقى مستحقة للطفل ما دامت حضانتُهُ لم تسقط ويمكن المطالبة بها في أي وقت، ولا يمكن دفعها بإثارة حجية الشيء المقضي.

← يتعينُ بَدلُ الإيجَار إذا كَانَ السَّكنُ غيرَ لائق = قرار المَحكَمَة العُليَا الصادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشَّخصيّة بتَاريخ 2013/03/14 فَصلاً في الطعن رَقم 0729230 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 2013/2، الصّفْحَة 276) وقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : للحاضنة الحقّ في بدل الإيجار إذا كان السّكنُ الموفّر من طرف الأب غير ملائم لممارسة الحضانة}.

← البَقاءُ ببيْتِ الزَّوْجية مُؤَقّتًا (نعم) = قَرَار المَحكَمَة العُليَا الصَادر عَنْ الغرفة العقارية بتَاريخ 2011/04/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 684955 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2011/2، الصّفْحَة 176) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : تبقى المطلّقة الحاضنة ببيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الحُكم الناطق بحقّها في السّكن}.

← وأكدَتْ ذلكَ في قرار آخَر = قرار المحكَمَة العُليَا الصّادر عن غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة والمَوَاريث بتَاريخ 2013/03/14 فصلاً في الطّعن رَقم 0742023 (منشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 2014/1، الصّفْحَة 319) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكمَ القضائي المتعلقَ بالسّكن وليس حتى سقوط الحضانة}، وفي قضية الحال قضى قضاةُ المَوْضُوع بإسناد الحضانة للمطلقة وببقائها بمسكن الزوجية لممارسة الحضانة بسبب قصر سنّ المحضونين فتمّ نقض قرارهم.

◄ انتفَاعُ الحَاضنة بحقّ الإيجَار ليْسَ سنَدًا للملكية ولا يَسمَحُ بإبطَال عقد التنَازل = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عنْ الغُرفَة

المختلطة (الغرف : المدنية والأحوال الشخصية والاجتماعية) بتاريخ 1990/12/23 فصلاً في الطّعن رَقم 81197 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمة العُليا في عَددها رَقم 1/1996 الصّفحة 85 وقد جَاءَ فيه : {المَبدَأ : مِنَ المُقَرَّر قانُونًا أنه يجوز للقاضي في حالة الطلاق أن يُعيّن من الزوجين من يمكنه الانتفاع بحق الإيجار لأجل حضانة الأولاد على أن يستثنى من القرار مسكن الزوجية إن كان وحيدا (في ظل النص القديم للمادة 467 فقرة 2 من القانُون المَدَني). ولا يكتسب حق السكن الممنوح للمطلقة باعتبارها حاضنة الصبغة النهائية بل ينتهي بانتهاء مدة الحضانة. لأن هذا الحق مقصور على الانتفاع وليس سندا للملكية. ومن ثمّ فإن إبطال عقد التنازل، الصادر لصالح الزوج، ليس له أي مبرر قانوني}.

◀ النِزاعُ حولَ النّفَقَة على الأوْلاد = قَرار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1984/01/09 فَصْلاً في الطّعْن 32158 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، العدد 2/1989، الصّفْحَة 53) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {متى كان من المقرّر شرْعًا أنّ إثباتَ دفْع نفقةِ الأبْناء من المسائل الموْضوعية التي تقْتضي بأنه في حالة الخلاف عليْها بيْن الزّوْجيْن، والحال أن الزّوْج حاضر بالبلد ويدّعي الإنفاق على زوْجه وأبْنائه منها، فالقَوْلُ قَولُهُ بيَمينِه، وأنّ القضاء بما يُخالف أحكام هذا المبدأ يُعدّ خَرقًا لمبادئ وأحكام الشّريعَة الإسْلامِيّة.

إذا كان الثابت في قضية الحال أنّ نفقة الابْن حُكم بها على أبيه الطّاعن بدون دليلٍ أو يمينٍ رغم ادّعَائه أنّه لمْ يترك ابْنَه بدون نفقة طوال فترة الفراق فإنّ الحُكمَ بها عليه دون يمينه يُعدّ حيادًا على القواعد الشرعية المتعلقة بإثبات دفع نفقة الأبناء}.



النّزاعُ في مَتاع البيْت

Des litiges relatifs aux effets du foyer conjugal

> الْمادّة 73 :
>
> إذا وقعَ النِّزاعُ بيْن الزَّوْجيْنِ أوْ ورثتِهما في متاعِ البيْتِ وليْس لأحدِهما بيِّنةٌ فالقوْلُ للزّوْجةِ أوْ ورثتِها معَ اليمينِ في المعتادِ للنِّساء، والقوْلُ للزّوْجِ أوْ ورثتِهِ معَ اليمينِ في المعتادِ للرِّجال.
>
> والمشْتركاتُ بيْنهُما يتقاسمانها معَ اليمين.

❖ ويسمّى متاعُ البيت من فراشٍ وغطاءٍ ولباسٍ اصطِلاحًا : الشّوار. إذا كان المتاعُ المتنازَعُ حولَهُ موجودًا وكانت هناك بيّنةٌ لأيٍّ من الطرفين فيُحكَمُ على أساسها، وإن لمْ تكنْ بيّنة فالعملُ يكون بالقرينة المذْكورة في النصّ إلى جانب اليمين المتمّمة حسب قول الْمالِكيّة. وأمّا إذا لمْ يكن المتاعُ موْجُودًا فتُطبّقُ القواعدُ العامّةُ في الإثبَات وفقًا لأحكام القانُون المَدَني، مع الأخذ بعين الاعتبار أن نشوء الالتزام حال قيام العلاقة الزوجية يعتبر مانعا أدبيا يسمح بالإثبات بالبيّنة فيما كان يجب إثباته بالكتابة طبقا لأحكام الْمادّة 336 من القانُون المَدَني حسبما أكده قرار المَحكمَة الْعُليا الصّادِر عنْ الغُرفَة المدنية بتاريخ 2013/05/16 فَصلاً في الطّعن رقم 0878597 والمَنشُور بمَجلّة المَحكمَة العُليَا في عَددها رقم 1/2013 الصّفحَة 174 وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يمكن أن تشكل العلاقة الزوجية، وقت نشوء الدين، مانعا أدبيا يحول دون إثباته بالكتابة}.

وأما عن كيفية التمييز بين ما هو للرجال وما هو للنساء فالأمر يعود إلى العُرف المعمول به حسب ظُرُوف الزمان والمكان بالنسبة لكل قضية. جاء في مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للشيخ محمد بن

محمد بن عبد الرّحمن (الحطّاب - مالكي المذهب) : {وَحَاصِلُ ذَلِكَ أَنَّ جَمِيعَ مَا يُعْرَفُ أَنَّهُ لِلرِّجَالِ يُقْضَى بِهِ لِلرَّجُلِ مَعَ يَمِينِهِ، وَكَذَا مَا يُعْرَفُ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ يُقْضَى بِهِ لِلرَّجُلِ مَعَ يَمِينِهِ؛ لأَنَّ الْبَيْتَ بَيْتُ الرَّجُلِ، وَمَا يُعْرَفُ لِلنِّسَاءِ يُقْضَى بِهِ لِلْمَرْأَةِ مَعَ يَمِينِهَا، وَوَارِثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتَنَزَّلُ مَنْزِلَتَهُ، فَمَا يُعْرَفُ لِلرِّجَالِ يُقْضَى بِهِ لِوَرَثَةِ الرَّجُلِ مَعَ يَمِينِهِمْ، وَمَا يُعْرَفُ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ يُقْضَى بِهِ لِوَرَثَةِ الرَّجُلِ مَعَ يَمِينِهِمْ، وَمَا يُعْرَفُ لِلنِّسَاءِ يُقْضَى بِهِ لِوَرَثَةِ الْمَرْأَةِ مَعَ يَمِينِهِمْ أَنَّهُ لَهَا، فَإِنْ أَقَامَ الرَّجُلُ أَوْ وَرَثَتُهُ بَيِّنَةً عَلَى مَا يُعْرَفُ لِلنِّسَاءِ أَنَّهُ لَهُ قُضِيَ لَهُ بِهِ أَوْ لَهُمْ، وَكَذَا إِذَا أَقَامَتْ الْمَرْأَةُ أَوْ وَرَثَتُهَا بَيِّنَةً عَلَى مَا يُعْرَفُ لِلرِّجَالِ أَوْ مَا يُعْرَفُ لَهُمَا قُضِيَ بِهِ لَهَا وَلَهُمْ، وَكَذَا إِذَا أَقَامَ الرَّجُلُ بَيِّنَةً عَلَى أَنَّهُ اشْتَرَى مَا يُعْرَفُ لِلنِّسَاءِ فَإِنَّهُ يُقْضَى لَهُ بِهِ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ}.

← اليمينُ المتمِّمَةُ تُوَجَّهُ لِمَنْ كانت الْقَرِينَةُ فِي صَالِحِهِ وليْسَ لخَصْمه = قرار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوال الشَّخْصيّة بتَاريخ 1986/01/27 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 39775 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1989، الصَّفْحَة 108) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : إذا اختلفَ الزّوجان على متاعِ البيت وكَانَ مما يصلُحُ عادةً للنساء فإنه يُقضَى بما تطلبُه الزّوجةُ بعد تحليفها اليمين. وعليه، يستوجبُ النقضَ القرارُ الذي فصل فِي نزاعٍ متعلقٍ بمتاعِ البيتِ خاصٍ بالنساء وحَكمَ على الزّوج بتأدية اليمين}.

← سُكُوتُ المدَّعَى عَلَيْه عن الرَّدّ أمَامَ الْقَضَاء يُفيدُ صِدْقَ المدّعية = قرار المحكَمَة العُلْيَا الصّادر عن غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة والمَوَاريث بتَاريخ 2013/02/14 فصلاً فِي الطّعن رَقم 728882 (منشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2014، الصَّفْحَة 304) وَقَد جَاءَ فيه : «حيث أنه لم يثبت من القرار المطعون فيه أن الطاعنَ يكونُ قد أدلى بأيّ تصريحٍ بشأن الأثاثِ المذكور، ومن ثمَّ فإنّ سكوتَه فِي حدّ ذاته يؤكد صحّة ادّعائها بملكيتها له، وبالتالي فإنّ القضاء من قبل

قضاة المجلس بتوجيه اليمين لها على أنْ تُقسم بأنه ملكٌ لها يُعدّ تسبيبًا مُقنعا لقرارهم». وهذا الموقف مطابق للقاعدة القائلة بأن السكوت في معرض الحاجة بيان.

← اليمينُ تؤدّى بحضور الخَصْم أوْ مُحاميه أوْ بعد دعْوتِهما = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1987/12/17 فصلاً في الطّعن رَقم 47284 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1993، الصّفْحَة 39) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : إذا كان مؤدّى المَادّة 433 من قانُون الإجرَاءَات المَدَنيّة (القديم) أنها توجب حلف اليمين بحضور الخصم الآخر أو بعد تبليغه لحضور الجلسة، فإن حضور محاميه أثناء تأدية اليمين يغني عن حضور الخصم، وَمِنْ ثمّ فإنّ النّعيَ على القَرَار المطعُون فيه بمخالفة القانون غير وجيه يتعيّن رفضه. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ المطعون ضدّها أدّت اليمين حول الأمتعة طبقا للمادة 73 من قَانُون الأُسْرَة بحضور محامي الزّوج الطاعن، فإن قضاة المجلس الذين حكموا على الطّاعن بإرجاع الأمتعة التي أدّت المطلّقة اليمين بشأنها طبّقوا صحيح القانون}.

← القَاضي يُحَدِّدُ مكَانَ أداءِ الْيَمين = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2000/02/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 245065 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2002، الصّفْحَة 297) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : الأصلُ في أداء اليمين أن تؤدّى أمام الهيئة القضائية وأنّ تغييرَ مكان أداء اليمين أو إلغائها من اختصاص القضاة وما يرونه مناسبا لبلوغ نتيجة الأحكام القضائية}، وفي قضية الحال فإن الحكمَ الابتدائي قضى بأن تؤدّى اليمين بالمسجد بينما عدّل القرار ذلك ونص على أدائها أمام قضاة المجلس.

❖ وأيضًا قرَارُها الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/12/08 فَصلاً في الطّعن رَقم 666627 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية،

العَدد 2/2012، الصَفْحَة 248) وقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يؤدّي الخصمُ اليمينَ في الجلسة أو في مكانٍ يحدّده القاضي. أداء اليمين في المسجد مطابقٌ للقانون}. وجاء في حيثيات القرار :

" لكن حيث أنّ الْمَادّة 193 من قانون الإجْرَاءات الْمَدنيّة وَالإدَاريّة تنصّ على أنْ تؤدّى اليمين من قبل الخصم الذي وُجّهت له شخصيًا بالجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي، وبالتالي فإنّ القرار المطعون فيه لما نصّ على أداء اليمين القانونية من قبل المطعون ضدّه بالمسجد الكبير بسيدي بلعباس لمْ يُخالفْ أيّة قاعدة جوهرية في الإجراءات كما جاء في الوجه".

← إثباتُ الحَقّ في المتَاع إذا لمْ يَكُنْ موْجُودًا يَخْضَعُ للْقواعد العَامّة في الإثبَات = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصَّادر عَنْ غرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1988/08/17 فَصلاً في الطّعن رَقم 50075 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 4/1990، الصَّفْحَة 64) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مَتَى كَانَ مُقَرّرا شَرْعًا أنّ البيّنةَ على من ادّعَى واليمين على منْ أنكر، ومنْ ثمّ فإنّ ادعاء الزوج أن زوجتَه أخذت مصوغها وأثاثها وملابسها يصير مكلّفا بإثبات دعواه، فإن عجز فالقول للزوجة مع يمينها، ومنْ ثمّ فإنّ القضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا الْمَبْدَأ يُعَدّ مُخَالفًا للقوَاعد الشّرعيّة. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ الخلاف حول متاع البيت لم يكن حول وجوده بمنزل الزوجية، بل كان حول ادّعاء الزوج أنّ زوجته أخذته معها، فإن قضاة المَوْضُوع حينما عكسوا الأمر ووجهوا اليمين للزوج وهو مدّع وتلقّوها منه مباشرة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية}.

← قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1987/12/07 فَصلاً في الطّعن رَقم 44858 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدد 4/1990، الصّفْحَة 47) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من

المُقرَّر شرْعًا وقانونًا أنّ أثاث البيْت مبْدئيًا هو مِلْك للزّوج، وللزوجة أن تثبت عكس ذلك، ومن المقرّر أيضًا أن كلّ شخص لا يُحكَمُ عليه بشيء إلا إذا اتّخذ موقفًا واضحًا فيما يُطلب منه بالإنكار أو بالإقرار، ومنْ ثمّ فإنّ القضاء بما يُخالفُ هذين المبْدأين يُعدّ مخالفًا للقواعد الشرعية والقانونية. ولما كان قضاة المجلس، في قضية الحال، حكمُوا برفض طلب الزوج فيما يخصّ الأثاث وحكموا للزوجة بالصّداق، دون أن يطبّقوا في شأنه ما هو منصوص عليه فقهًا في شأن الأثاث، وخاليًا من أقوال الزوج حول الصّداق بالإنكار أو الإقرار، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية والقانونية}.

← يجبُ تحْديدُ طَبيعة المالِ المتنَازَع عليه إنْ كان من المعتاد للرجال أو للنساء = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1988/01/04 فَصلاً في الطّعن رَقم 47453 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1991/3، الصّفْحَة 45) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقَرَّر قَانُونًا أن القرار الذي لا يكون مسبّبا تسبيبا كافيا يُعدّ مشوبا بالقصور في التسبيب. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أَنّ قضاة المَوْضُوع عندما لم يفرّقوا بين ما هو ملك للزّوجة وما هو ملك للزّوج حتى يستطيعوا تطبيق القواعد الشرعية في هذا المجال {حسب حيثيات قرار النقض : غرفة نوم، دراوَات .} ، ولم يبيّنوا طبيعة المنزل المتنازع عليه (ما إذا كان مؤجرًا ، وما إذا كان باسم الطاعن، حسب حيثيات قرار النقض)، خالفوا القانون}.

← متاعُ البيْت مثْلَ الفِراش والغِطاء وغُرفَةِ النّوْمِ والأرائِكِ والزّرابي وأوَاني الطّبْخ هي ممّا يُعْتبَرُ عادةً مِلْكاً للزّوْج = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1989/01/16 فَصلاً في الطّعن رَقم 52212. (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1991/3، الصّفْحَة 55) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المستقرّ عليه

قضاءً وشَرْعًا أن أثاث البيْت المخصّص للاستعمال الثنائي بيْن الزّوجيْن يعتبر ملكًا للزوْج ما لم تثبت الزّوْجةُ بالبيّنة أن ذلك ملكٌ لها اشترته أو هو من جملة صداقها، فإنْ لم يكنْ هذا فالزوجُ أحقّ به مع يمينه، ومنْ ثمّ فإنّ القضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا الْمَبْدَأ يُعدّ مُخَالفًا للقوَاعد الشّرعيّة. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ الزّوج لئن اعترف ببقاء أمتعة زوجته عندَه فإنه استثنى منها أشياءَ ادّعاها لنفسه، فإن المجلس القضائي الذي اعتبرَ استثناء الزّوج داخلا في أمتعة زوجته، وحكم لها بها دون أن يطالبها بإقامة البيّنة على أشياء هي للرجل، يأخذها بعد حلفه، يكون بقضائه كما فعل خالَف القواعد الشرعية}.

← أحْكَامُ الْمَادّة 73 مِن قَانُون الأُسْرَة تتعلّقُ بالنّزاع حوْلَ ملْكيّة الشّيْء الموْجُود وليْسَ حوْلَ وُجود الشّيْءِ المتَنَازَع عليه = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1990/11/19 فَصلاً في الطّعن رَقم 63149 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/1992، الصّفْحَة 20) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرّر قَانُونًا أنه على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلّص منه، ومنْ ثمّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا الْمَبْدَأ يُعَدّ خطأً في تَطبيق القَانُون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ القضاة بتوجيههم اليمين إلى الزّوجة استنادا إلى الْمَادّة 73 من قَانُون الأُسْرَة يكونوا قد أخطأوا في تَطبيق القَانُون لكون النزاع يدور حول إثبات وجود المصوغ وليس حول ملكية هذا الأخير}.

← يَجبُ التّفريقُ بيْن اليَمين الحَاسِمَة (الْمَادّة 343 من القانُون المَدَني) ويمين النّزاع حوْلَ ملكيّة المتَاع (الْمَادّة 73 من قَانُون الأُسْرَة) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1996/07/09 فَصلاً في الطّعن رَقم 134417 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/1998، الصّفْحَة 72) وَقَد جَاءَ فيه : {حيث أنه

بعد الاطلاع على ملفّ القضية يتبيّن وأنّ الحكمَ المستأنف المؤيّد بالقرار المطعون فيه وَجَّهَ اليمينَ الحاسمةَ للزوجة المطلّقة، مع أنّ هذه اليمين لا توجّه أصلا من طرف القضاة بل من قبل الأطراف الذين يَعنيهم حَسمُ النزاع بهذه اليمين الحاسمة، ومن خلال الحُكم المستأنف يتبيّنُ وأنّ الزّوجَ لمْ يطالب بتوجيه اليمين الحاسمة لزوجته، بل طالب بأن توجه إليه اليمين على عدم ترك المطلّقة لديه الأمتعة التي تطالبُ بها، معترفا بقائمةٍ قدّمَها هو وأبدَى استعدادَه لردّ ما ورد فيها إلى مطلّقته على أن يؤدّي اليمينَ حول عدم ترك غيرها من الأمتعة من طرف الزّوجة لديه، فاعتبارُ قضاة المَوْضُوعِ اليمينَ التي وجّهُوها للزوجة يمينًا حاسمةً يُعدّ خرقًا لأحكام الْمَادّة 343 من القانون المَدَني التي تنظم هذه اليمين، كما أن اعتبارَهم اليمينَ الموجّهَة لها تطبيق لأحكام الْمَادّة 73 من قَانون الأُسْرَة يُعدّ خطأ في تطبيق هذه الْمَادّة، مما يدعو إلى نقض القرار المطعون فيه}.

← في حال إنْكَارِ وُجُودِ المتَاعِ تُطبّقُ الْقواعدُ العَامّة في الإثبَات = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادِر عنْ غرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1999/03/16 فَصْلاً في الطّعْن 216836 (مَجلّةِ المَحْكمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 245) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من المقرر قانونا أنّه في حال إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزّوجين تطبق القاعدة العامة في الإثبات : "البيّنةُ على من ادّعَى واليَمينُ على من أَنْكَر"}.

← يجبُ التأكّدُ من وُجُودِ الشّيْءِ المتَازَعِ عليه قبلَ توْجيهِ اليَمين المتمّمة = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادِر عنْ غرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1992/10/27 فَصْلاً في الطّعْن 86097 (مَجلّةِ المَحْكمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 233) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {توْجيه اليمين للمطعْون ضدّها قبْل التّأكّد من وجود المصوغ المتنازع عليه قُصورٌ في التّسْبيب وخرْقٌ للقانون}.

← الفاتورات تشكل قرينة وبداية ثبوت بالكتابة تسمح بسماع الشهود = قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1982/05/19 {قبل صدور قانون الأسرة عام 1984} فصلاً في الطعن رقم 22117 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 1/1989، الصفحة 29) وقد جاء فيه : {المبدأ : إن النزاع القائم بين الزوج والزوجة حول المصوغ الذي عجزت عن إثبات ملكيته لها بالكتابة سوى حيازتها لفاتورات بعض منه دون تشكيل دليل كامل لملكيتها له كله، فإنه يجوز حسمه بوسيلة إثبات أخرى **كاليمين المتممة**، ما دامت الفاتورات المذكورة تشكل لصالح الزوجة قرينة جديرة التعزيز بهذه الوسيلة إلى جانب المصوغات التي تنسب عادة بالنظر إلى طبيعتها إلى المرأة. والقضاة الذين استبعدوا طلب الزوجة الرامي إلى تثبيت ادعائها بالشهود يكونون قد خالفوا أحكام المادة 335 من القانون المدني التي تجيز في مقتضياتها حسم النزاع **بوسائل إثبات غير الكتابة** مما يتعين معه نقض القرار}.

← في حالة إنكار وجود المتاع تطبق القواعد العامة في الإثبات = قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2000/11/21 فصلاً في الطعن رقم 251682 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 1/2001، الصفحة 290) وقد جاء فيه : {المبدأ : في حالة إنكار الزوج لوجود الأمتعة المدعى بها من طرف الزوجة يجب أن تطبق عليه القاعدة العامة للإثبات، وإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون}.

← عدم إثبات وجود المصوغ يستدعي تطبيق القواعد العامة في الإثبات = قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2001/05/23 فصلاً في الطعن رقم 257741 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 1/2003، الصفحة 363) وقد جاء فيه : {المبدأ : إن القضاء برفض طلب الطاعنة المتعلق بالمتاع (مصوغ) الذي لم يثبت وجوده دون تطبيق القاعدة العامة للإثبات يعد خطأ في تطبيق القانون}.

← يجوزُ للقَاضِي رفْضُ توْجيهِ اليمين في حالةِ تعسُّف الخَصْمْ (المَادّة 343 من القانُون المَدَني) = قرار المَحكمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 1990/04/30 فصلاً في الطّعن رَقم 59335 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدد 1992/1، الصّفْحة 29) وقد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : مِنَ المُقرّر قانُونًا أنه يجوز للقاضي منع توجيه اليمين إذا كان الخصمُ متعسّفًا في ذلك، وَمنْ ثمّ فإنّ النّعْيَ على القرَار المطعُون فيه بخرق القانون غير سديد. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ المجلسَ القضائي لما رفض توجيه اليمين إلى الزّوجة فيما يخصّ مؤخّر الصداق والأمتعة الباقية في بيت الزوجية باعتبار أن الزوجَ لمْ ينكرْ ذلك، يكون بقضائه كما فعل طبّق القانون تطبيقًا صحيحًا، وعلّل قراره تعليلاً كافيا}.

← تحديدُ قيمَة المتَاع عنْدَ الاخْتلاف يتولاّهُ القَاضِي = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1988/04/11 فصلاً في الطّعن رَقم 49302 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدد 1992/2، الصّفْحَة 40) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : مِنَ المُقرَّر قانُونًا أنه إذا اختلف الزّوجان حول قيمة الأمتعة فللقاضي سلطة تحديد ذلك ولا يجوز له تحويل سلطته إلى شخص آخر، ومنْ ثمّ فإنّ القضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا المَبْدَأ يُعَدّ مخالفًا للقانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ المجلسَ القضائي لما تركَ الأمرَ بيد المنفّذ لتحديد قيمة مبلغ الأمتعة يكون قد تخلّى عن عملٍ يخصّهُ وحدَه، وبقضائه كما فعل خالفَ القانون}.

← تحديدُ قيمَة المتَاع يتَولاّهُ أهْلُ الخبرَة ولَيْسَ القُضَاة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1999/05/18 فَصْلاً في الطّعْن 222651 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيا، عَدَد خَاص باجْتهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصيَّة، 2001، الصَّفْحَة 248) وَقَد جَاءَ فيه مَا

خُلاصَتُه : {تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصنّاع والتجار وليس إلى القضاة. إنّ القرار المنتقد مشوب بانعدام الأساس القانوني لَمّا أيد الحكم المستأنف القاضي بدفع مبالغ مالية مقابل متاع المطعون ضدّها لأن تقدير المتاع مسألة فنية يتولاّها أهل الخبرة من صنّاع وتجار خاصّة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة، وليس القضاة}، والظّاهر من القرار أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدّها بالمبالغ التي طلبتها دون تقدير.

← حُجيّةُ الشّيْء المقْضي ليْسَت من النّظَام العَامّ = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1991/06/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 74924 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/1994، الصّفْحَة 59) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المستقرّ عليه قانونًا وقضاءً أنه لا يجوز للقاضي أن يَحكُم بشيءٍ لم يُطلبْ منه، وأنْ لا يأخذَ بقرينةِ الحكمِ الحائزِ لقُوّة الشّيْء المقضي به تلقائيا، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَين المبْدأَيْن يُعَدّ خَرقًا للقانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ قضاة المَوْضُوع أسسوا قرارهم، تلقائيا، على الحكم القاضي بأداء اليمين والحائز قوّة الشّيء المقضي فيه دون طلب من صاحب المصلحة، فإنهم بذلك خرقوا القانون وعرّضوا قرارهم للنقض}، وجاء في صلب القرار أن الطاعنَ كان أمام المجلس طلب سماع شهوده حول مَوْضُوع أخذ المتاع من طرف المطعون ضدها ولكن قضاة الاستئناف رفضوا طلبه اعتمادا على أن الحكم القاضي بأداء اليمين قد تمّ تنفيذه وأصبح نهائيا، وقد أثاروا ذلك تلقائيا في غياب المطعون ضدّها.

← تقادُمُ دَعْوَى المطَالَبَة بالمتَاع = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2010/11/11 فَصلاً في الطّعن رَقم 582154 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2011، الصّفْحَة

255) وقد جاء فيه : {المبدأ : تتقادم دعوى المطالبة بالمتاع بمرور 15 سنة من تاريخ حكم الطلاق}.

← في أحد قراراتها اعتبرت المحكمة العليا أن المصوغ يُعتبر من أمتعة البيت ومن المعتاد للنساء = قرار المحكمة العُليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2001/02/21 فصلاً في الطعن رقم 256672 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 2/2001، الصفحة 304) وقد جاء فيه : {المبدأ : يعتبرُ المصوغُ من متاع البيت ومن المعتاد للنساء. وإنّ القضاء بتطبيق القاعدة العامّة للإثبات على المصوغ موضوع النزاع رغم عدم إنكار المطعون ضده له يعدّ خطأ في تطبيق القانون. (جاء في القرار أن المطعون ضده لم يُنكر وُجود المصوغ وإنما ادّعى أن الطاعنة أخذته دون أن يُقدّم أي دليل على دعواه)(المؤلف : ما دام المطعون ضده يدعي أن الطاعنة أخذت مصوغها فذلك يعني أنه ينكر وجوده، وبالتالي فالظاهر أن القاعدة العامّة للإثبات هي واجبة التطبيق كما ذهب إلى ذلك قضاة الموضوع}.

← قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2002/05/08 فَصلاً في الطّعن رَقم 288525 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2004، الصّفْحَة 369) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا يُحتج ولا يُحكَمُ بسبْق الفصل في دعوى تسليم باقي الأمتعة}، وجاء في صلب القرار أن قضاة المَوْضُوع رفضوا على أساس سبق الفصل دعوى الطاعنة الرامية إلى إلزام المطعون ضده بتسليم باقي الأثاث الذي رفض تسليمه أو قيمته، وأوضح قرار النقض أن الدعوى الجديدة التي رفعتها الطاعنة والتي تهدف إلى الحكم على الطاعن بدفع قيمة الأمتعة التي رفض تسليمَها تختلفُ عن الدعوى السابقة التي كانت تهدف فقط إلى الحُكم عليه بتسليم الأمتعة، وبالتالي فإن مَوْضُوع النزاع الحالي يختلف عن مَوْضُوع النزاع السابق ولا تطبق أحكام المَادّة 338 من القانُون المَدَني.

◄ لا تَراجُعَ بعدَ النُّكُول = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصَّادِر عنْ غُرفَة شؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1992/04/14 فَصْلاً فِي الطَّعْن 81850 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 230) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من المقرّر قانونا (المواد 347 و348 من القانُون المَدَني) أنّ النّاكل عن اليمين خاسرٌ دعواه. ومتى تبيّن، في قضية الحال، أن المطعون ضدّها قد وجّه لها القاضي الأوّل تأدية اليمين طبقا لأحكام المادة 73 من قانُون الأسْرَة على تركها أثاثها ومصوغها في بيت الزّوجية غير أنها امتنعت عن تأديتها وعليه فإن القرار المنتقد لما سمح للمطعون ضدّها بتأدية اليمين التي وُجّهت لها سابقا ونكلت عنها أخطأ في تَطْبيق القَانُون}.

◄ إثارةُ اليمين أمَامَ المجْلس القضائي ليْسَ طلبًا جديدًا = قرَارُ المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1994/07/19 فَصْلاً فِي الطَّعْن 109595 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 236) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من المقرّر قانونًا أنّ الدّفْعَ المتعلّقَ بعدم تأْدِيّة اليَمين بشأْن الأثاثِ لا يُعتبرُ طلبًا جديدًا بلْ هوَ دفْعٌ يثار في أيّة درجةٍ منْ درجاتِ التّقاضي. ومن ثمّ فإنّ القرارَ المُنْتقدَ عندَما اعْتبرَ توْجيهَ اليمين التي أثارَها الطّاعنُ طلبًا جديدًا يكونُ قدْ أخْطأَ في تَطْبيق القَانُون}.

◄ النّزاعُ حوْلَ أَثَاثِ بَيْتِ الزّوْجيّةِ معَ الوَرَثَة = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأسْرَة بتَاريخ 1984/11/05 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 32131 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عَدَدهَا رَقم 1990/2 الصّفحَة 78 وَقد جَاءَ فيه ما خلاصته : {الزوجان يحلفان على البتّ، والورثة يحلفون على العلم}.

◄ المشتركَاتُ بيْن الزّوْجَين يتقَاسمَانِهَا معَ اليَمين = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/04/21



فَصْلاً فِي الطَّعْن 189245 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 242) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلَاصَتُه : {من المقرّر قانونًا أنّ المشتركات بيْن الزّوْجيْن في الأمْتعة يتقاسمانها مع اليمين، ومتى تبيّن، في قضية الحال، أنْ القرار المُنْتقد لّما أيّد الحكْم القاضي على الطّاعنة بأداء اليمين بشأْن الأمْتعة باستْثناء جهاز التّلْفزة والمقياس الذّهبي والرّاديو لأنها لمْ تقدّمْ بشأْنها أيّ دليل رغْم أنها تعتبر من الأمْتعة المشْتركة قدْ خالف أحْكام المادّة 2/73 من قانُون الأسْرَة} ، وجاء في صلْب القْرار أنّ جهازَيْ التّلفزة والرّاديو يعتبران من الأمْتعة المشْتركة.

الفَصْلُ الثّالِثُ - النّفَقَة

DE LA PENSION ALIMENTAIRE

في حال تنازع القْوانين من حيْث المكان (بيْن الدّول) فيما يتعلّق بالنّفقة تُطبق أحْكام المادّة 14 من القانون المدني الجزائري : {يُطبّق القانون الوطني على الالتزام بالنّفقة بيْن الأقارب للمدين بها} ، أيْ : يطبق على الالتزام بالنفقة بين الأقارب القانونُ الوطني للمدين بها.

❖ جاء هذا الفصلُ في الباب الثاني المتعلّق بانْحلال الزّواج وما ورد فيه من طلاق وعدّة وحضانة ونزاع حوْل متاع البيْت وتناول أحكامَ النفقة أثناء المعاشرة الزّوْجية وكان الأفْضل أنْ يأتي قبْل ذلك في الفصْل الرّابع (من الباب الأول) المتعلق بحقوق وواجبات الزّوْجيْن.

◄ ضَمَانَاتُ دَفْعِ النَّفَقَة : الضمَانَاتُ القَانونيةُ التي وَضَعَهَا المشَرِّعُ لحمَايَةِ حُقُوقِ المطلَّقَة وَالحَاضنَةِ في الحُصُولِ على مَبَالِغِ النَّفَقَةِ المحكُومِ بهَا لصَالِحِهم بَعدَ طُرُقِ التنفيذِ العَادِية وفقًا لأَحكَامِ قَانُون الإجْرَاءَات الْمَدَنِيَّة وَالإدَارِيَّة تَتَمثّلُ في صُنْدُوقِ النَّفَقَةِ الّذي نُظِّمَتْ أَحكَامُهُ بمُوجَبِ القَانون رَقم 15-01 المؤرَّخ في 13 رَبِيعِ الأوّل عام 1436 الموافق 4 يناير سنة 2015، المتَضَمِّنِ إِنْشَاءَ صنُدُوقِ النَّفقةِ (نصّ القانون كاملاً مُرفَقٌ نهَايَةَ هذا الكتاب إلى جانب القرار الوزاري المشتركِ المؤرَّخ في أوّل رَمَضَان عام 1436 الموافق 18 يونيو سنة 2015 الذي يُحَدّد الوثائقَ التي يَتَشَكّلُ منهَا ملَفُّ طَلَبِ الاسْتِفَادَة من المستَحَقَّاتِ المالية لصُنُدُوقِ النَّفَقة)، إلى جَانب الحمَايَة الجَزَائية المتمثلَة في جُنحَة الامْتنَاع عَن دَفعِ النَّفَقَة طبقًا لأحكَام المادة 331 من قانُون العُقُوبَات.

الْمَادّة 74 :
تَجبُ نَفَقَةُ الزّوْجَةِ على زَوْجهَا بالدّخُولِ بهَا أَوْ دَعْوَتِهَا إليْه ببَيِّنَةٍ، مع مُرَاعَاةِ أَحْكَامِ الموَادّ 78 (و) 79 (و) 80 منْ هذَا القَانون.

❖ النَّفَقَةُ = يُعَرِّفُها الفقيه ابنُ عَرَفَة من فُقهاء الْمَالِكيّة بأنها : «ما
به قِوَامُ مُعْتَادِ حَالِ الآدمِيِّ دُونَ سَرَفٍ»، وأَسْبَابُهَا : الزَّوْجِيَّةُ وَالْقَرَابَةُ
(الأبوان الفقيران حتّى ولوْ كانا غيْر مسلْمين، والأوْلاد الذين لا مال لهمْ :
الذّكور حتّى البلوغ والإناث حتّى الزّواج والدّخول بهنّ).

❖ على الزّوْج واجبُ الإنْفَاق = الإنْفَاقُ عَلَى الزَّوْجَةِ واجبٌ لقوله
تعالى : (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ
اللهُ، لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إلا مَا آتَاهَا) (سورة الطّلاق 7)، وقوله
تعالى : (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) (سورة البقرة
233)، وَقَوْلُه صلى الله عليه وسلم {إبْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ، الزَّوْجَةُ تَقُولُ : إمَّا
أَنْ تُطْعِمَنِي وَإِمَّا أَنْ تُطَلِّقَنِي}، وَقَوْلُه صلى الله عليه وسلم {اتَّقُوا اللهَ
فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ
اللهِ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}، وَأَجْمَعَ كُلُّ
فقهاء المذاهب الإسلامية عَلَى وُجُوبِهَا. فَهِيَ وَاجِبَةٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ
وَالإِجْمَاعِ، وتجبُ النّفقةُ على الزّوْجة حتّى ولوْ كانت غنيّة، فإنْ
عَجَزَ الزوجُ عن الإنفاق فلها طلب التّطْليق.

- ويُراعى في تقديرها ظروفُ الزّمان والمكان ووُسْعُ الزّوْج
وحالُ الزّوْجة.

← واجبُ الإنْفاق إلى غَاية ثُبوتِ النُّشُوز بحُكْم = قرار المَحكمَة
العُلْيا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 2008/11/12 فَصلاً في
الطّعن رَقم 466390 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدد 2/2008، الصّفْحة
317) وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يبقى التزامُ الزّوج بالإنفاق على زوجته،
المقيمة عند أهلها، قائمًا، ما دام لم يثبت نشوزها بحكم قضائي}.

❖ حقُّ الزّوْجة في سَكَنٍ مُنْفَرِدٍ = قرار المَحكمَة العُلْيا الصّادر
عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 1997/05/13 فَصلاً في الطّعن

رَقم 159732 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1997/2، الصَّفحَة 100) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : من المقرر شرْعًا أنه «يحق للزوجة أن تطلب سكنا منفردًا عن أهل الزّوج وذلك لقول خليل في مختصره في باب النّفقة (ولها أنْ تمتنع من أنْ تَسكُن مع أقاربه)». ومن ثمَّ فإن قضاة المَوْضُوع لما حكموا، في قضية الحال، بعدم إمكانية تلبية طلب الزّوجة في الانفراد بالسكن عن عائلة زوجها، الذي يُعتبر بمثابة حقّ لها، فإنهم خالفوا أحكام الشّريعَة الإسْلاميّة وعرّضوا قرارهم للنقض}، وهو تأكيد لموقفها المذكور في قرارها الصّادر عنْ غُرفَة شُؤُون الأسْرَة بتَاريخ 1986/01/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 39390 والمَنشُور بمَجلّة المَحكمَة العُليَا في عَدَدها رَقم 1990/2 الصَّفحَة 62 وقد جاء فيه أن تمادي الزوج في عدم توفير سكن مستقل للزوجة عن أهله وعن ضرّتها يسمح بالتطليق للضّرر تطبيقا لأحكام الشّريعَة الإسْلاميّة.

الْمَادّة 75 :
تَجبُ نَفقَةُ الوَلَدِ عَلَى الأَبِ مَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، فبالنّسْبَة للذُّكُور إلى سِنِّ الرُّشْدِ والإناثِ إلى الدُّخُول، وتَسْتَمِرُّ في حَالَةِ مَا إذا كَانَ الوَلَدُ عَاجِزًا لآفَةٍ عقْليّةٍ أَوْ بَدَنيّةٍ أَوْ مُزَاوِلاً للدّراسَة، وتَسْقُطُ بالاسْتغناءِ عنْها بالْكَسْب.

➔ للْحُكْمِ بالنَّفقَة يَجبُ إثبَاتُ الزّوْجيّة والنّسَب = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1987/02/07 فَصلاً في الطّعن رَقم 47915 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1990/3، الصَّفْحَة 65) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : من المقرّر شَرْعًا أن نفقةَ الأولاد تجبُ على الأب إذا ولدُوا من فراشٍ صحيحٍ ناشئٍ من عقدٍ صحيحٍ شَرْعًا، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخالفُ هَذَا

المَبْدَأ يُعَدّ خرقًا لأحكام الشّريعَة الإسْلاميّة. لما كان قضاةُ الاستئناف، في قضية الحال، قضوا بتأييد الحُكم المستأنف لديهم القاضي على الطاعن بأن يُؤدّي نفقةَ البنت دون أن يثبت الزّوجية ودون إثبات نسب البنت للطّاعن، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خَرَقُوا أحكام الشّريعَة الإسْلاميّة}.

← لا نَفَقَةَ للوَلَد (ذَكَرًا أو أُنْثَى) إذا كَانَ لَهُ مَال = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1996/07/09 فَصلاً في الطّعن رَقم 138958 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1998، الصّفْحَة 123) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقَرّر قَانُونًا أنه «تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ... وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب». ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ قضاة المَوْضُوع لما قضوا بالإنفاق على من لا يستحقّ النّفقة كالبنت المتوفاة أو البنات اللواتي يعملن ولهنّ كسب، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون}.

← يَسَارُ الزّوْجَةِ لا يُسقِطُ نَفَقَةَ الأَوْلاَد عَنْ وَالِدِهِم = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2000/02/22 فصلاً في الطّعن رَقم 237148 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2001، الصّفْحَة 284) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبدَأ : من المقرّر شَرْعًا أن يسار الزّوجة لا يسقط حقّها وحقّ أولادها في النّفقة دون مبرر شرعي. إن قضاة المَوْضُوع بقضائهم بإلغاء النّفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجّة يسار الزّوجة (الطّاعنة) رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطوا في تطبيق القانُون (نقض بدون إحالة)}.

← لا يَجُوزُ إسْقَاطُ الحَضَانة بقَصْد التّهَرُّبِ من النّفَقَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/02/12 فصلاً في الطّعن رَقم 257693 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية،

الْعَدَد 2/2002، الصَّفْحَة 436) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : إن قضاة المجلس بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الطاعنة قد سهوا أن المطعون ضدّه كان هدفه التهرب من الإنفاق دون مراعاة مصلحة المحضونين سواء الأولاد القاصرين فيما يخص الحضانة أو البنات بالنسبة للنفقة، يكونون قد خالفوا أحكام الْمَادّة 75 من قَانُون الأُسْرَة}، وجاء في حيثيات القرار أن المحضونَيْن الذّكَرَيْن أحدهما لا يزال قاصرا والثاني مُعَوَّق وأما بالنسبة للبنات البالغات فإن الأب ملزم بالنفقة عليهن إلى غاية زواجهن والدّخول بهنّ.

➜ التّنَازُلُ عن النّفقَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2004/01/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 311458 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2004، الصّفْحَة 379) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا يحق للأمّ الحاضنة التنازُلُ عن نفقة الأولاد ما دامت النفقة حقّ للمحضون}، وجاء في حيثيات القرار :

«وحيث أن هذا النّعي بوجهيْه الأوّل والثاني سديد، ذلك أنه يتبينُ من ملفّ الدّعوى أنّ الأوْلادَ لمْ يكنْ لهم مالٌ ولما كان ذلك فإنّ الأبَ ملْزمٌ بالنّفقة عليْهم حسب حاله، ومن ثمَّ فإنّ شهادةَ عدم العمل بأجْر التي يتذرّعُ بها الطّاعنُ لا تُعفيه من النّفَقة على أوْلاده، هذا من جهة، ومن جهة أخرَى فإنّ الأمَّ الحاضنةَ لا تمْلكُ حقّ التنازُل عن نفقة الأولاد. ولما كان القرار قد أقام قضاءَه بإلغاء الحُكم المستأنَف فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور في التسبيب.

➜ نَفقَةُ الْبِنْت = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/02/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 318418 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2005، الصّفْحَة 283) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : تبقى نفقةُ البنت على والدها ملازمةً لها ولا تسقطُ عنها إلا بالدُّخُول أو الاستغناء عنها بالكَسب}.

← البِنْتُ البَالِغَةُ تُوكِّلُ أُمَّهَا للْمُطَالَبَة بالنَّفقَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصَّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشَّخْصيّة بتَاريخ 2009/05/13 فَصلاً فِي الطَّعن رَقم 494366 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/2009، الصَفْحَة 292) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا يحقّ للأمّ، بعد انتهاء حضانة بنتها ببلوغها سنَّ الرّشد، مطالبةَ والد البنتِ بنفقتها إلا بوكالةٍ منها}، وفي قضية الحال فإن قضاة المَوْضُوع قضوا بالنفقة للبنتين البالغتين بناءً على طلب الأم دون أن تكون لديها وكالة من بنتيْها المذكورتيْن، وقد قضت المحكمة العليا بنقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص هذه النقطة فقط، وبدون إحالة.

← الصِّيغَةُ التَّنْفِيذِيةُ لحُكْمٍ أَجْنَبيّ بالنَّفَقَة وبأُجْرَة الحَاضِنَة (هامّ) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصَّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشَّخْصيّة بتَاريخ 2006/04/12 فَصلاً فِي الطَّعن رَقم 355718 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2006، الصَّفْحَة 477) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا يُعَدُّ مخالفًا للقانون منْحُ الصِّيغة التنفيذية لحكْمٍ أجنبيٍّ قَضَى بنفقةٍ بالعُملةِ الصّعبة لحاضنةٍ أولادٍ فِي بلدٍ أجنبي}، وجاءَ فِي حيثيات القرار أنّ تخصيصَ أُجرةٍ للحاضنة مقابلَ سَهَرِهَا وقيامها بحضانة أولادها فِي بلد أجنبي لا تُعَدّ مخالفةً لقاعدة جوهرية حتى ولو كان القانونُ الجزائري لا ينصُّ عليها، وهو ما يجعل القرار الأجنبي محل الخلاف لا يتعارَضُ والسيادةَ الوطنية أو القِيَم الوطنية.

← الأَبُ المحْجُورُ عَلَيْه = قرَارُ المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2013/03/14 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 0727560 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2013، الصَّفْحَة 272) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يتمّ دفع النّفقة للمحضون عن طريق المقدّم من مَال الأب المحجُور عليه}.

➜ المنحةُ العائليّة = قرار المَحكَمة العُليا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 2006/03/15 فصلاً في الطّعن رقم 356900 (مَنشور بالمَجلّة القضائية، العَدد 2006/1، الصّفْحَة 485) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : المنحةُ العائلية حق للمَحضون يقبضُها مَنْ له الحقّ في الحضانة}، وفي قضية الحال كان الأبُ يقبضُ المنحَ العائلية ولمْ يدفعْها للأمّ الحاضنة.

➜ عدَمُ تصرْيح المطلَّقةِ بالْحَمْل = قرار المَحكَمة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2001/02/21 فصلاً في الطّعن رَقم 254080 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدد 2002/2، الصّفْحَة 444) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : إنّ عدم التّصْريح بالحمْل عنْد الحكْم بالطلاق لا يُعدّ حجّةً تُجاه المطلّقة لحرمانها من نفقة الحَمل لاسْتحالة أو صُعوبة اكْتشافه في الشّهريْن الأوّليْن له}.

➜ على الأَب الإنْفَاقُ علَى الْوَلَدِ المعُوقِ رَغْم المنْحَة = قرار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/02/17 فَصْلاً في الطَّعْن 179126 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 198) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من المقرر قانوناً أنه يُلزَم الأبُ بالإنفاق على الولد الذي ليْس له كسب. ومتى ثبت، في قضية الحال، أنّ الولد المنْفَقَ عليه معوقٌ ويتقاضى منحةً شهريةً فإن القضاةَ بقضائهم بحقّه في النّفقة لأنّ المنحة التي يتقاضاها مجرّدُ إعانةٍ لا تكفي حاجياته طبّقُوا صحيح القانون}.

الْمَادّة 76 : في حَالَة عَجْزِ الأَبِ تَجِبُ نَفَقَةُ الأَوْلاَدِ علَى الأُمِّ إذا كَانَتْ قَادرَةً على ذلك.

← قـرار المَحكَمَـة العُليَـا الـصّادر عَـنْ غُرفَـة الأحـوَال الشّخْصيّة بتَـاريخ 1994/06/14 فـصلاً في الطّعـن رَقـم 110607 (مَنـشُور بالمَجلّـة القَضَائية، العَدَد 2/1995، الصّفْحَة 95) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقرَّر قانُونًا أنْ يَحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزّوجين، وتُلْزَمُ الأمُّ بدفع نفقة الأوْلاد متى كانت قادرة على ذلك وعَجَزَ الأب عنْ دفعها. ولما تبيّن في قضية الحال أن الطّاعن أثار مَوْضُوع نشوز زوجته التي رفضت العَوْدة من فرنسا إلى أرض الوطن، وبقيتْ تتقاضى أُجرتها هناك من عملها عكس حالته، بحيث فَقَدَ منصبَ عمله، وعلى هذا الأساس طلب إعفاءَه من نفقة الأولاد، فإن قضاة المَوْضُوع بإغفالهم مناقشة هذين الدّفعين سواء إيجابًا أو سلبًا، يكونوا قد عَرَّضُوا قرارَهم للنقض في كل ما قضى به باستثناء نفقة العدّة}.

← لا يَنْتَقِلُ وَاجِبُ النّفقَـةِ مـن الأُمّ إلى الجَـدِّ إلاّ إذا كَانـت الأُمُّ بدُون دَخْل = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَـاريخ 2007/05/09 فَـصلاً في الطّعـن رَقـم 390381 (مَنـشُور بالمَجلّـة القَضَائية، العَدَد 2/2008، الصّفْحَة 295) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا تنْتقل إلى الجدّ نفقة الأمّ على الأوْلاد طالما كان لها دخْل}.

المَادّة 77 :
تَجبُ نَفَقَةُ الأُصُولِ علَى الفُرُوعِ والفُرُوعِ على الأُصُولِ، حَسبَ القُدْرَةِ والاحتِيَاجِ ودَرَجَةِ القَرَابَةِ في الإرْث.

← علَى الفُرُوع النّفقَـةُ عَلَى الأُصُول = قـرَار المَحكَمَـة العُليَـا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2000/11/21 فَصلاً في الطّعـن رَقـم 254643 (مَنـشُور بالمَجلّـة القَضَائية، العَـدَد 2/2001، الصّفْحَة 290) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : إن نفقة الفروع على الأصول واجبة حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة والإرث. وإن القضاء

بإسقاط حقّ الأمّ عندما طلبت النفقة من أولادها رغم أن هذا الحقّ مقرّر لها شَرْعًا وقانونا هو حكم باطل ومخالف للشّرع والقانون (وكان النقض بدون إحالة على أساس أن الحكم الابتدائي كان صائبا إذْ قضى بإلزام الأوْلاد بالتضامن بأن يدفعوا لأمّهم مبلغ 4.500 د.ج كنفقة مَعَاش، بينما قرار المجلس كان قد قضى برفض الدعوى على أساس أن للأم منحة تتقاضاها وتكفي لمعيشتها)}.

❖ وأيضًا = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/07/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 337343 (مَنْشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 1/2005، الصّفْحَة 393) وَقَد جَاءَ فيه: {المَبْدَأ: نفقة الأمّ وسُكْنَاهَا واجبة على ولدها حسب القدرة والاحتياج}.

➜ وعلى الأُصُول النَّفَقَة عَلَى الفُرُوع = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/02/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 259422 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 2/2004، الصّفْحَة 337) وَقَد جَاءَ فيه: {المَبْدَأ: نفقة الأصل (الجدّ) على الفرع (حفيد) تكون حسب القدرة والاحتياج}، وفي قضية الحال فإن المحكمة العليا نقضت القرار المطعون فيه لأنه حكم على الجد بالإنفاق على حفيده دون تحقيق مسبق حول قدرة واحتياج الطرفين.

➜ قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2002/07/03 فَصلاً في الطّعن رَقم 264458 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 2/2004، الصّفْحَة 341) وَقَد جَاءَ فيه: {المَبْدَأ: لا تتوقّف النّفقة الواجبة على الفروع تجاه الأصول على مكان إقامة الأصول}.

➜ الجَدُّ المعيَّنُ كمُقَدَّمٍ عَلَى ابْنِهِ المحْجُورِ عليْهِ لا يُلْزَمُ لمجَرّدِ هذه الصّفَةِ بدَفْعِ نفقَةِ أبْنَاءِ ابْنِه = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/09/15 فَصلاً في الطّعن رَقم

754961 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2011، الصّفْحَة 308) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : تعيين الأب مقدّما على ولده المحجور عليه لا يعني الحكم عليه بصفته جدّ المحضونين بدفع نفقة الحضانة}. وفي قَضيّة الحَال فإن قضاة المَوْضُوع حكموا استعجاليا على الطاعن بدفع نفقة المحضونين بصفته مقدمًا على ابنه المحجور عليه الذي هو أب المحضونين دون بيان الأساس القانوني لحكمهم.

← للجدِّ حَقُّ الزِّيَارَة = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤون الأُسرَة بتَاريخ 1998/04/21 فَصلاً في الطَّعْن 189181 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 192) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من المقرّر شرعًا أنه كمَا تجبُ النفقةُ على الجدّ لابن الابن يكونُ لهُ حقّ الزّيارة أيضًا. ومن ثمَّ فإنّ قضاةَ الموضوع لما قضوا بحق الزّيارة للجدّ الذي يُعتبَرُ أصلاً للولد وهو بمنزلة والده المتوفَّى، كما تجبُ عليه النّفقة يكون له أيضا حقّ الزّيارة طبقا لأحكام المادّة 77 من قانُون الأسْرَة، فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا طبّقوا صحيح القانون}.

الْمَادّة 78 : تَشْمَلُ النّفَقَةُ : الْغِذَاءَ والْكُسْوَةَ والْعِلاَجَ، والسَّكَنَ أَوْ أُجْرَتَهُ، ومَا يُعْتَبَرُ من الضّرُوريَاتِ في الْعُرفِ والْعَادَة.

← تَنَازُلُ الأُمِّ عَنْ حُقُوقِهَا لا يَعْنِي التّنَازُلَ عنْ حقُوقِ المحْضُونِين = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2007/04/11 فَصلاً في الطّعن رَقم 384529 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2008، الصّفْحَة 291) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : لا يشمل تنازل الأم عن جميع حقوقها المنجرّة عن حكم الطّلاق حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الإيجار}.

← مَصَاريفُ الوَضْع (نعم) = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/02/11 فصلاً في الطّعن رَقم 478795 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 1/2009، الصّفْحَة 269) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : تُعتبر مصاريفُ وضْع الحمْل نفقةً إضافية يتحمّلُها الزّوجُ طالما الوضْعُ ناجمٌ عن العلاقة الزّوْجية}.

← مصَارِيفُ النِّفَاس (نعم) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/06/10 فَصلاً في الطّعن رَقم 502268 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضَائية، العَدَد 1/2010، الصّفْحَة 219) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يحقّ للمرأة المطلّقة المطالبة بمصاريف النّفاس باعتبارها من عناصر النفقة}، وجاء في حيثيات المحكمة العليا :

«حيث أن الطاعنة طالبت أمام القاضي الأول بنفقة إهمالها طبقا لأحكام المَادّة 74 من قانون الأُسْرَة واستجاب لطلبها لما ألزم المطعون ضده بإرجاعها إلى بيت الزوجية المعتاد ونفقة إهمال شهرية بمبلغ 2000 د.ج شهريا من رفع الدعوى في 2005/02/20 إلى غاية الرجوع الفعلي أو الامتناع.

وحيث أن المطعون ضدها استأنفت الحكم المذكور لكون القاضي الأول لم يَحكُم لها بمصاريف النفاس التي قدرتها الطاعنة بمائة ألف دينار.

وحيث أن قضاة المجلس رفضوا طلبها على أساس أنها لم تطلبها أمام القاضي الأول، كما أنها لم تقدم بالملف ما يثبت هذه المصاريف، مع أن المطعون ضده لم يناقشها أمام قضاة الاستئناف باعتبارهم قضاة مَوْضُوع، فضلا على أن مصاريف النفاس مشتقة من الطلب الأصلي المتعلق بالنفقة، ومن ثمَّ يسوغ للطاعنة أن تطالب بمصاريف النفاس باعتباره من الضروريات في عرف وعادات العائلة

الجزائرية وفق التعريف الوارد بالمادة 78 من قانون الأسرة، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه مع الإحالة».

← مُشْتَمَلاتُ مَصَارِيفِ النِّفَاس = قرار المَحكَمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2011/01/13 فَصلاً في الطعن رَقم 594435 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2011، الصَّفْحَة 266) وقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : تشملُ مصاريفُ النفاس مصاريفَ العناية بصحّة النّفسَاء[1] وصحّة طفلها ونظامها الغذائي لمدّة معيّنة، ولا تقتصرُ على العلاج والأدوية فقط}.

← مصاريفُ علاجِ المحْضُون (نعم) = قرار المَحكَمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2006/11/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 372292 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/2007، الصَّفْحَة 493) وقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يتحمّل الوالدُ مصاريفَ علاج المحضون الثّابتة بشهادة طبّيّة}.

← أحْكَامُ النّفَقَةِ وحُجِّيَّةُ الشَّيْءِ المَقْضِي = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2009/01/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 473962 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2009، الصَّفْحَة 262) وقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا تكتسبُ الأحكامُ الفاصلةُ في القضايا المتعلقة بالنفقة وحالة الأشخاص حجيةَ الشّيْءِ المقْضي به} (مثل الأحكام المتعلقة بإسناد الحضانة).

← وأيْضًا = قرارُ المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2010/04/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 554808 (مَنشُور

---

[1] - في المعجم الوسيط : نَفِسَت المَرأةُ نَفَسًا ونِفَاسَةً ونِفَاسًا : وَلَدَت، ويُقال نَفَسَت وَلدًا ونَفَسَت به فهي نفسَاء والجمعُ نفسَاوَات. وفي لسان العرب : نُفِسَت المَرأةُ ونَفِسَتْ بالكسر نَفَساً ونَفاسَة ونِفاساً، وهي نُفَسَاءُ ونَفْسَاءُ ونَفَسَاءُ : وَلَدَتْ، وقال ثعلبُ النُّفَسَاءُ الوَالدة والحَامل والحائض والجمعُ من كل ذلك نُفَسَاوَات ونِفاسٌ ونُفاس ونُفَّس.



بالمَجلّة القضائية، العَدَد 2010/1، الصّفْحَة 241) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يُعَدُّ السكنُ أو بدلُ الإيجار من مشتملات النفقة. لا يكتسي الحكمُ الصادرُ إلا حجيةً مؤقّتة}.

المَادّة 79 :
يُرَاعِي القَاضِي في تَقْدِيرِ النّفَقَةِ حَالَ الطّرَفَيْنِ وَظُرُوفَ المعَاش، ولاَ يُرَاجِعُ تَقْدِيرَهُ قَبْلَ مُضِيِّ سَنَةٍ من الحُكْم.

← القَانُونُ لا يَسْرِي بِأَثَرٍ رَجْعِي = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1987/02/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 44507 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1991/2، الصّفْحَة 47) وَقَد جَاءَ فيه : {...ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ الدعوى رُفعت قبل صدور قانون الأُسْرَة فإن قضاة المَوْضُوع الذين قضوا برفع النفقة اعتمادا على المَادّة 79 من قانون الأُسْرَة طبّقوا قانونا غير موجود في وقت الواقعة}.

← النّفقَةُ تُقدّرُ حَسبَ وُسْعِ الزّوْجِ وحَالِ الطّرَفَيْن = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1989/01/16 فَصلاً في الطّعن رَقم 51715 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1992/2، الصّفْحَة 55) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا وقانونًا أن تقدير النّفقة يكونُ حسب وُسْعِ الزّوْج إلا إذا ثبت نشُوز الزّوجة، ومن المقرّر أيضًا أن يُراعِي القاضي في تقديرِ النفقة حالَ الطرفين وظُروف المعاش ولا يُراجع تقديره قبلَ مُضِيِّ سنةٍ من الحُكم، ومنْ ثمّ فإنّ القضَاءَ بمَا يُخَالفُ هذَا المَبْدَأ يُعَدّ خَرقًا لأَحكَام الشّريعَة. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ المجلس لما قضى بتحديد نفقة البنت اعتبارا من تاريخ الدعوى القضائية دون أن يقدّر ظروف الزّوج ومدخوله ووسعه والمدّة الزّمنية التي مرّت بها القضية وطول المرافعات يكون قد خالف القانون وأحكام الشّريعَة الإسْلاميّة}.

➜ تَعْديلُ مَبْلَغ النّفَقَةِ المحْكُومِ بهَا (نعم) = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1996/04/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 136604 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 2/1997، الصّفحَة 89) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقرّر قانونًا أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضيّ سنةٍ من الحكم، ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدّات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامّة. وَمنْ ثمّ فإنّ النّعيَ على القرَار المطعُون فيه بخرق القانون ليس في محلّه. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ الطّاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 1988 ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجيات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة والمدرسة وأجرة السكن فإن القضاة بقضائهم بتعديل النّفقة طبّقوا صحيح القانون}.

➜ النّفَقَةُ وَاجبَةٌ على الأَبِ رَغْمَ شَهَادَةِ عَدَم العَمَل = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1999/03/16 فَصْلاً في الطّعن 216886 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصيَّة، 2001، الصّفْحَة 203) وَقد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {لمّا كَانَ الثّابتُ في قضية الحَال، أنّ القرَار المطعُون فيه أيّدَ الحكمَ المستأنَفَ الذي قدّر النفقة حسب حَال الطّرَفين، وأجَابَ على أنّ النّفقة على الابن واجبةٌ على الأبِ تُجَاهَ ابْنه المحْضُون، وأنّ عدم الأخذ بشهَادة عدمِ العمل الصّادرة عن البلدية يَرجِعُ للسّلطة التقديرية للقُضاة لأنّ الشّهادةَ الصّادرة عن البلدية تُصَادِقُ فَقَطْ على إمضاء الشاهدين، وعليه فإنّ القضاة بقضائهم كمَا فعلوا طبّقُوا صحيحَ القانون}.

المَادّة 80 : تُسْتَحَقُّ النّفَقَةُ من تَاريخِ رَفْعِ الدّعْوَى، وللْقاضِي أنْ يَحْكُمَ باسْتِحْقَاقِهَا بنَاءً على بَيِّنَةٍ لمدَّةٍ لا تَتَجَاوَزُ سَنَةً قَبْلَ رَفْعِ الدّعْوَى.



← قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخصيّة بتَاريخ 1989/12/25 فصلاً في الطّعن رَقم 57506 (منشور بالمجلّة القضَائية، العَدد 1991/3، الصّفْحَة 65) وقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : مِنَ المُقَرّر قانونًا أنه تستحقّ النّفقة من تاريخ رفع الدّعوى وللقاضي أنْ يحكم باستحقاقها بناء على بيّنة لمدّة لا تتجاوز سنةً قبل رفع الدّعوى، وَمن ثمّ فإنّ النّعيَ على القرَار المطعُون فيه بعدم التسبيب ليس في محلّه. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ قضاة المَوْضُوع لما قضوا بدفع الزّوج لمطلّقته نفقة الإهمال ابتداءً من رفع الدعوى إلى يوم النّطق بالحكم طبّقوا صحيح القانون وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا}.

← قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2007/01/17 فصلاً في الطّعن رَقم 377189 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 2/2007، الصّفْحَة 469) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدأ : تسري نفقة الأبناء المقيمين عند والدهم بعد الطّلاق من تاريخ التحاقهم بوالدتهم الحاضنة}.

← نصت مَجلّة الأَحْوَال الشّخْصِيّة التُّونُسِيّة في الفصل 42 على أنْ : {لا تَسقُطُ نفقةُ الزوجة بمضي المدة}.

أَحْكَامُ قَانُونِ الإِجْرَاءَاتِ الْمَدَنِيّة وَالإِدَارِيّةِ في بَابِ الطّلَاقِ :

في الطّلاقِ بالتّرَاضي

الْمَادّة 427 من قَانُون الإجْرَاءَات الْمَدَنِيّة وَالإِدَارِيّة : {الطلاقُ بالتراضي هو إجراءٌ يرمي إلى حلّ الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة}.

الْمَادّة 428 منه : {في حالة الطلاق بالتراضي يُقدّم طلبٌ مشتركٌ في شكل عريضةٍ وحيدةٍ موقعةٍ من الزوجين تودَعُ بأمانة الضبط}.

الْمَادّة 429 منه : {يجب أن تتضمنَ العريضةُ الوحيدة ما يأتي :

1-بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب،

2-اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما،

3-تاريخ ومكان زواجهما، وعند الاقتضاء، عدد الأولاد القصر،

4-عرضٌ موجزٌ يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق.

يجب أن يُرفق مع العريضة، شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين}.

الْمَادّة 430 منه : {يخطِر أمينُ الضبط الطرفين في الحال، بتاريخ حضورهما أمام القاضي، ويسلّم لهما استدعاء لهذا الغرض}.

الْمَادّة 431 منه : {يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور، من قبول العريضة، ويّستّمعُ إلى الزوجين على انفرادٍ ثُمَّ مجتمعيْن ويتأكد من رضائهما، ويحاول الصُّلْح بينهما إذا كان ذلك ممكنا.

يَنْظُرُ مع الزوجين أو وكلائهما في الاتفاق، وله أن يُلغي أو يُعَدّلُ في شروطه، إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام.

يُثبتُ القاضي إرادةَ الزوجين بإصدار حكمٍ يتضمنُ المصادقةَ على الاتفاق النهائي ويُصرِّح بالطلاق}.

الْمَادّة 432 منه : {لا يجوز تقديم طلب الطّلاق بالتّراضي، إذا كان أحد الزّوْجين تحْت وضْع التّقْديم أو إذا ظهر عليه اخْتلال في قدراته الذّهنية تمْنعُه من التعبير عن إرادته.



يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص}.

الْمَادّة 433 منه : {أحكامُ الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف}.

الْمَادّة 434 منه : {يسري أجل الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم}.

الْمَادّة 435 منه : {لا يوقِفُ الطعنُ بالنقض تنفيذَ الحكم}.

في طلب الطّلاق من أحد الزّوْجين

الْمَادّة 436 منه : {تُرفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأُسْرَة، بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى}

الْمَادّة 437 منه : {عندما يكون الزوجُ ناقصَ الأهلية، يُقدّم الطلبُ باسمه، من قبل وليّه أو مقدّمه، حسب الحالة}

الْمَادّة 438 منه : {يجب على المدعي في دعوى الطلاق، أن يبلّغ رسميا المدعَى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في الْمَادّة 436 أعلاه.

ويجوز له أيضا تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط}.

في الصُّلْح

الْمَادّة 439 : {محاولات الصُّلْح وجوبية، وتتم في جلسة سرية}

الْمَادّة 440 : {في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصُّلْح، يَسْتمِع القاضي إلى كلّ زوْجٍ على انْفراد ثُمَّ معًا.

ويمْكنُ بناءً على طلب الزّوْجين حضورُ أحد أفْراد العائلة والمشاركة في محاولة الصُّلْح}

الْمَادّة 441 : {إذا اسْتحالَ على أحد الزّوْجين الحضور في التاريخ المحدّد أو حدَثَ له مانع، جاز للقاضي إمّا تحديدُ تاريخ لاحق للجلسة، أو ندبُ قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية.

غير أنه إذا تخلّفَ أحدُ الزّوْجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك}

الْمَادّة 442 : {يمكن للقاضي منح الزوجين مهلةَ تفكيرٍ لإجراءِ محاولةِ صلحٍ جديدة، كما يجوز له اتخاذُ ما يراه لازمًا من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

في جميع الحالات، يجب ألا تتجاوز محاولات الصُلْح ثلاثة (3) أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق}

الْمَادّة 443 : {يثبت الصُلْح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي.

يوقّعُ المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين، ويودع بأمانة الضبط.

يعد محضر الصُلْح سندا تنفيذيا.

في حالة عدم الصُلْح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة مَوْضُوع الدعوى}

الْمَادّة 444 : {يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة}

الْمَادّة 445 : {يجوز للقاضي في حالة ظهور واقعة جديدة، وحسب الظروف، أن يلغيَ أو يعدلَ أو يتممَ التدابيرَ المؤقتة التي أَمَرَ بها، ما لم يتم الفصل في المَوْضُوع.

هذا الأمر غير قابل لأي طعن}

الْمَادّة 446 : {إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يُعين حَكَمَيْن اثنين لمحاولة الصُلْح بينهما حسب مقتضيات قانون الأُسْرَة}



الْمَادّة 447 : {يطلع الحَكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة}

الْمَادّة 448 : {إذا تم الصُّلْح من طرف الحَكمين يثبت ذلك في محضر، يصادِقُ عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن}

الْمَادّة 449 : {يجوز للقاضي إنهاء مهام الحَكمين تلقائيا، إذا تبيّنتْ له صعوبة تنفيذ المهمّة، وفي هذه الحالة، يُعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة}

في أَحْكَام الطّلاَق

الْمَادّة 450 : {يتأكدُ القاضي من إرادة الزوج في طلب **الطلاق**، ويأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمةً في ذلك}.

الْمَادّة 451 : {يُعاينُ القاضي ويُكيّفُ الوقائعَ المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب **التطليق** طبقا لأحكام قانون الأُسْرَة.

ويفصل في مدى تأسيس الطلب، آخذًا بعين الاعتبار الظروفَ التي قدم فيها.

يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، لاسيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال للمعاينة.

يتعينُ على القاضي تسبيب الإجراء المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية.

يعاينُ القاضي أيضًا ويكيفُ الوقائعَ المعتمد عليها في طلب الْخُلْع طبقا لأحكام قانون الأُسْرَة}

الْمَادّة 452 : {لا يوقِفُ الطعنُ بالنقض تنفيذَ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 و451 أعلاه}.



الْكِتَابُ الثَّانِي - النِّيَـابَةُ الشَّرْعِيَّة

DE LA REPRESENTATION LÉGALE

الْفَصْلُ الأوّلُ - أَحْكَامٌ عَامّةٌ

في حال تنازع القوانين منْ حيْث المكان (بيْن الدّوَل) فيما يتعلّق بالنّيابة الشّرْعية تُطبّق أحْكامُ القانُون المَدَني الجزائري :

المادّة 15 (عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005) :

{يسري على الشرُوط المَوْضُوعية الخاصّة بالوِلايَة والوِصَايَة والقِوَامَة وغيرها من النُّظُم المقرّرة لحماية القُصّر وعدِيمِي الأهلية والغائبِينَ قانونُ الشّخْص الذي تجبُ حمايتُه.

غير أنه يُطبقُ القانونُ الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كانَ القُصّرُ وعديمُو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر}.

❖ الأهْليّةُ هي قُدْرةُ الإنْسانِ وصلاحيّتُهُ في علاقته مع غيْره من النّاس لأنْ يتلقّى الْحقوقَ أو يتحمّلَ بالالتزامات، وأنْ يتصرفَ على نحو يُعتدُّ به من طرف الغير. والأهْليةُ نوْعان : أهْليةُ وجوبٍ وأهْلية أداء، فأمّا أهْلية الوجوب فهي الصّلاحيّةُ أو القابليّة لاكْتساب الحقوق وتحمّل الواجبات، وأمّا أهلية الأداء فهي القدرة القانونية على التّصرّف.

لَمْ يَتطرّقْ قانُونُ الأُسْرَة الجزائري إلى ما يُعرَفُ في بعض القوانين الأجنبية بالمجْلس العائلي الذي يُساعد القاضي على اتخاذ القرارات المناسبة بشأن القُصّر وفاقِدِي الأهلية، مثلَ القانُون المَدَني الفرنسي الذي ينصُّ على هذه المؤسسة في المواد 399 وما بعدها منه،

وينص على أنها تتكون من أربعة أعضاء (من جهتي الأعمام والأخوال) يرأسهُم قاضي شؤون الأسْرَة، ومثل مُدوَّنة الأسْرَة المغربية التي نصت في الفقرة 2 من المَادّة 251 منها على إنشاء مجلس للعائلة تم تنظيمه بموجب مرسوم.

❖ أحكام الأهلية في القانون المدني الجزائري :

المَادّة 40 مدني :

كل شخصٍ بلَغ سنَّ الرُّشْد مُتمَتعًا بقُواهُ العَقْلية، ولم يُحْجَر عليه، يكونُ **كاملَ الأهْلية** لمباشرة حُقُوقه المدنية.

وسنُّ الرّشْدِ تسْعةَ عشرَ (19) سنةً كاملة.

المَادّة 41 مدني : (ملغاة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005).

المَادّة 42 مدني : (القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005)

لا يكونُ أهْلاً لمباشرةِ حقوقِهِ المدنيةِ مَنْ كانَ فاقِدَ التّمْييزِ لصغرٍ في السِّنِ، أوْ عتْهٍ، أوْ جُنون.

يُعتَبَرُ غيْرَ مُميّزٍ مَنْ لمْ يبْلُغْ ثلاث عشْرة سنة.

المَادّة 43 مدني : (القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005)

كلّ من بَلغ سنّ التّمْييز ولمْ يبْلغْ سنّ الرّشْد، وكلّ منْ بلغ سنّ الرّشْد وكان سفيهًا أوْ ذا غفْلة، يكون **ناقص الأهْلية** وفقا لما يقرّره القانون.

المَادّة 44 مدني :

يخضع فاقدو الأهْلية، وناقصوها، بحسب الأحْوالِ لأحْكام الوِلايـة، أو الوِصاية، أو القِوَامَة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون.

المَادّة 45 مدني :

ليْس لأحدٍ التنازُلُ عن أهليته ولا لتغيير أحكامها.

المَادّة 81 :

مَن كَانَ فَاقِدَ الأَهليّة أَوْ نَاقِصَهَا لِصِغَرِ السِّنّ، أَوْ جُنُون، أَوْ عَتَهٍ، أَوْ سَفَهٍ، يَنُوبُ عنهُ قانُونًا وَلِيٌّ أَوْ وَصِيٌّ أَوْ مُقَدَّمٌ طَبقًا لأحكَامِ هذا القانون.

❖ عَوارضُ الأهلية هي ما يُؤثِر في أهلية الإنسان بما يُزيلُها أو يُنْقِصُها، والعوارضُ المقصُودة هي الخارجة عن إرادة الشخص، وهي المذكورة في النص : ▢ صغر السن، أَوْ ▢ الجنُون، أَوْ ▢ العتَهُ، أَوْ ▢ السَفَهُ.

❖ في تعريف المعتُوه والسّفِيه انظُرْ حاشية المَادّة 101 بعده. وأمّا الجنُون فهو فُقْدَانُ العقْلِ بصفةٍ مطْبَقَةٍ أو متقطعة.

فُقدانُ الأهْلية يكون في حال الصّغير غيْر المميّز والمجنُون بصفةٍ مطْبَقَة، ونُقصانها يكون في الحالات الأُخرى.

المَادّة 82 :

مَن لَمْ يَبْلُغْ سِنّ التَّمْييز لِصِغَرِ سِنِّهِ طِبْقًا للمَادّة (42) من القَانون المدَنِي تُعتَبَرُ جَميعُ تَصرُّفَاتِهِ بَاطِلَة.

❖ يُصبحُ الصغيرُ مُمَيّزاً عندما يَستطيعُ أنْ يَعْرِفَ ويُميّزَ بيْن ما ينْفَعُهُ وما يضُرُّهُ، وأنْ يَسْتغني عن غيْره عند الأكْل والشّرْب وقضاء الحاجة.

❖ سِنُّ التّمْييز (المدني) وفقًا لأحكام المَادّة 42 فقرة 2 من القَانُون المَدَني هي ثلاثة عشر (13) عامًا كاملة، فمن كانَ دُونَ تَمام الثالثة عشر من عمره فهو فاقدٌ للأهلية تمامًا وتصرفاتُهُ باطلة حتى ولو كانت نافعة له.

❖ سنّ التّمْييز عنْد جمهور فقهاء الشّريعَة الإسْلاميّة سبْع سنين (7)، وفي القانون المقارن تتراوح بين سبع سنين وثلاثة عشر عامًا.

الْمَادّة 83 :
مَنْ بَلَغَ سِنَّ التَّمْييزِ وَلَم يَبْلُغْ سِنَّ الرُّشْدِ طبْقًا للْمَادّة (43) مِنَ الْقَانُون المدَني تَكُونُ تَصرُّفَاتُهُ نَافِذَةً إذا كَانَت نَافِعَةً لَهُ، وبَاطِلَةً إذا كَانَت ضَارَّةً به، وَتَتَوَقَّفُ عَلَى إجَازَةِ الوَلِيّ أَوْ الوَصِيّ فِيمَا إذا كَانَتْ مُتَرَدِّدَةً بينَ النّفع والضَّرَر، وفي حَالَةِ النِّزَاع يُرفَعُ الأَمْرُ للْقضَاء.

❖ سنُّ التَّمْييزِ هِيَ إذًا منْ تمامِ الثالثة عشر إلى ما قبل تمامِ التّاسعة عشر (13-19)، وهي تشْملُ سنّ المراهقة التي هي الفتْرة السّابقة مباشرة لسنّ الْبلوغ.

❖ القسْمُ القضائي المختصّ بمنازعَات النّيابة الشّرْعية عمومًا (الولايَة والوصاية والتّقْديم) هو قسْمُ شُؤُون الأُسْرَة بالمحْكمة كما هو مُبيّن في المواد 453 وما بعْدَها منْ قانُون الإجْراءَات المدَنيّة المذكُورَة أدناه.

الْمَادّة 84 :
للقَاضي أَنْ يَأْذَنَ لمنْ يَبْلُغْ سِنَّ التّمْييزِ في التَّصرُّفِ جُزْئيًا أَوْ كُلّيًا في أَمْوَالِه، بنَاءً على طَلَبِ مَنْ لَهُ مَصلَحَة، وَلَهُ الرُّجُوعُ في الإذْنِ إذَا ثَبَتَ لَدَيْهِ مَا يُبرّرُ ذلك.

❖ ويَصدرُ الإذنُ بموجب أمرٍ على ذيلِ عريضةٍ يُصدرهُ قاضي شؤون الأُسْرَة عملا بأحكام الْمَادّة 479 من قانُون الإجرَاءَات المدَنيّة، وتراجعُ في هذا الشأن أحكامُ قانُون الإجرَاءَات المدَنيّة المذكورة نهاية هذا الباب مباشرةً بعد الْمَادّة 125 أدناه.

الْمَادّة 85 :

تُعتَبَرُ تَصَرُّفَاتُ المجْنُونِ، والمعْتُوهِ والسَّفِيهِ غيْرُ نافِذَةٍ إذا صَدَرَتْ فِي حَالَةِ الجُنُونِ، أَوْ العَتَهِ، أَوْ السَّفَه.

❖ وهو ما يعني أن الموانعَ المذكورة قد تكون مؤقتة أو متقطّعة، وبالتالي فإن التصرفَ في حالة الإفاقة والرّشاد تكون صحيحة ونافذة، والأمر يقتضي الاستعانة بأهل الخبرة وشهادة الشهود.

(حول معنى المعتوه والسفيه انظر هامش المادة 101 أدناه).

الْمَادّة 86 :

مَن بَلَغَ سِنّ الرُّشْدِ وَلَم يُحْجَرْ عَليْه يُعْتَبَرُ كَاملَ الأهْليّة وفقًا لأحْكَامِ الْمَادّة 40 من القَانون المدَني.

❖ سِنُّ الرُّشْد هي المرحلة التي يَكتملُ فيها النُّمُوُّ الجسمي والعقلي للإنسان، وهي عند فقهاء الشّريعَة الإسْلامِيّة تتراوح بين الخامسة عشر والثامنة عشر حسب المذاهب.



الفَصْلُ الثانِي - الوِلاَيَة

De la tutelle

الْمَادّة 87 (عُدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005) : يَكُونُ الأَبُ وَلِيًّا عَلَى أَوْلاَدِهِ القُصَّر، وَبَعْدَ وَفَاتِهِ تَحِلُّ الأمُّ مَحَلَّهُ قَانُونًا. وفي حَالَةِ غِيَابِ الأَبِ أَوْ حُصُولِ مَانِع لَهُ، تَحُلُّ الأُمُّ مَحَلَّهُ في القِيَام بالأمُورِ المستَعجَلَةِ المتَعَلِّقَةِ بالأولاد. وفي حَالَة الطَّلاقِ، يَمنَحُ القَاضِي الوِلاَيَة لمن أُسنِدَت لَهُ حَضَانَةُ الأولاد.

➜ وَقَدْ كَانَتْ هذه الْمَادّةُ مُحَرّرَةً في ظلِّ الْقَانُونِ رَقْم 84-11 الْمُؤَرّخِ في 9 يُونْيُو 1984 كَمَا يَلِي : {يكون الأبُ وليًّا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا}.

❖ الولاية (بفتح الواو أو كسرها)، في المعجم الرائد : وَلِيَ - يلي، وَلايةً ووِلاية = 1-وَلِيَ الشيءَ أو عليه : قام به وملك أمره. 2 - وَلِيَهُ أو عليه : نصرَه ، ساعدَه . 3 -وَلِيَ البلدَ : حَكَمَهُ وأَدارَ شؤونه.

واصطلاحًا هي سلطةُ شخصٍ راشد (الولي) على شخص غير رشيد (مُولّى عليه) في تدبير شؤونه الشخصية (كالتربية والعلاج والتزويج مثلا) وتسمى بالولاية على النفس، وفي تدبير شؤونه المالية (العقود والتصرفات المالية) وتسمى بالولاية على المال، وليس بإمكان القاصر أن يَعترضَ عليها أو يُلغيها حتى بعد رشده، وفي حالة عدم وجود الولي فإن الحاكم، بنفسه أو بواسطة من يمثله، هو ولي من لا ولي له، وهي أعمّ وأشمل من النيابة والقوامة والوصاية والوكالة.

◄ الولايةُ تكون مبدئيا بقوة القانون ولا تحتاج إلى إذنٍ أو حُكم مسبق، واستثناءً تُسند الولاية بموجب حكم في حال الطلاق أو المنازعة.

← الولايَةُ تتْبَعُ إسْنَادَ الحَضَانَةِ للأُمّ (بعد تعديل فبراير 2005) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/01/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 476515 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2009، الصّفْحَة 265) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : إسنادُ الحضانة للأم بعد الطلاق بدون منح الولاية لها خرقٌ للقانون}.

← الولايَةُ لمْ تكُنْ تَتْبَعُ إسْنَادَ الحَضَانَة للأم (قبل تعديل فبراير 2005) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغُرفَة المدنية بتَاريخ 2008/12/24 فَصلاً في الطّعن رَقم 446467 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2009، الصّفْحَة 133) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : الحاضنة ليست لها الولاية على ابنها القاصر (قبل تعديل المَادّة 87 في 27 فبراير 2005). لا تعدّ الحاضنة مسؤولة مدنيا على تحمّل عبء التعويض المدني عن فعل ضارّ اقترفه المحضون}.

← إسْنَادُ الولايَة لغَيْر الأُمّ يتطلَّبُ إبْرَاز السّبَب = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1997/12/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 187692 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1997، الصّفْحَة 53) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقرَّر قَانُونًا أنه «في حالة وفاة الأب تحلّ الأمّ محلّه، وفي حالة تعارض مصالح الوليّ ومصالح القاصر يعيّن القاضي متصرّفا خاصّا تلقائيا أو بناءً على طلب من له مصلحة». ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ ذلك يُعَدّ مخالفا للقانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، أنّ قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصّر ومصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون}.

المَادّة 88 :

على الوَلِيّ أنْ يَتَصَرّفَ في أَمْوَالِ القَاصِرِ تَصَرُّفَ الرَّجُلِ الحَرِيص، ويَكُونُ مَسْؤُولاً طِبْقًا لمقْتَضَيَاتِ القَانونِ العَام.

وعليهِ أنْ يَسْتَأْذِنَ القَاضِي في التَّصَرُّفَاتِ التّالية :

1. بيْعُ العَقَار، وقِسمَتَهُ، ورَهْنَهُ، وإجْرَاءَ المصَالَحَة،
2. بيْعَ المنْقُولاتِ ذاتِ الأهَمّيّةِ الخَاصّة،
3. اسْتِثمَارَ أمْوَالِ القَاصِرِ بالإقْرَاضِ، أوْ الاقْتِرَاضِ أوْ المسَاهَمَةِ في شَرِكَة،
4. إيجَارَ عَقَارِ القَاصِرِ لمدّة تَزيدُ عَلَى ثَلاثِ سَنَوَاتٍ أوْ تَمْتَدُّ لأَكْثَرَ منْ سَنَةٍ بعْدَ بُلُوغِهِ سِنّ الرُّشْد.

← قِسمَةُ عقّار القَاصِر تَتَطَلّبُ اسْتِئْذَانَ القَاضِي = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1988/12/19 فصلاً في الطّعن رَقم 51282 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1991/2، الصّفْحَة 63) وقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقَرّر قَانُونًا أنّ تقسيم عقار القاصر من بين التّصرّفات التي يَستأذِنُ الوليُّ فيها القاضي، ومن المقرّر أيضًا أنّ للقاضي أنْ يُقرّر من تلقاءِ نفسه عدم وجود إذنٍ برفع الدعوى متى كان ذلك لازمًا، ومِنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هذَين المبْدأَين يُعَدّ خطأً في تطبيق القانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ الطّاعنةَ لم تَستأذن المحكمةَ في تقسيم عقّار القُصّر وفي رفع الدعوى، وأنّ قضاة المجلس بتأييدهم للحكم القاضي بصحّة تلك الإجراءات خرقوا القانون}.

المَادّة 89 :

على القَاضِي أنْ يُرَاعِي في الإذْنِ : حَالَةَ الضّرُورَةِ والمصْلَحَة، وأنْ يَتِمَّ بيْعُ العَقَارِ بالمزَادِ العَلَنِي.

❖ لـيس للقاضـي سـلطة تقديريـة في حالـة بيْـع عقـار القاصر (يكون البيْع وجوبًا بالمزاد العلني).

الْمَادّة 90 :

إذا تَعَارَضَت مَصَالِحُ الوَلِيّ ومَصَالِحُ القَاصِرِ يُعَيِّنُ القَاضِي مُتَصَرِّفًا خاصًّا تلقَائيًّا أَوْ بنَاءً على طلَبِ مَنْ لَهُ مَصْلَحَة.

❖ تعارُضُ المصالح في هذه الحالة يَقتصِرُ على مصالح محددة (غالبًا ما تكون ذات طابع مالي) تُعالَجُ عن طريق تعيين متَصرّفٍ خَاص، وليس المقصودُ بها الطعن في نزاهة وكفاءة الولي مما يستوجب إسقاط ولايته.

❖ وِفْق أحْكام الْمَادّة 474 من قانُون الإجْرَاءَات المَدَنيّة : (تُرفَعُ المنازعاتُ المتعلقة بالولاية على أموال القاصر أمام قاضي شؤون الأُسْرَة. وفي حالة الاستعجال يُفصَلُ في الدعوى وفقًا للإجراءات الاستعجالية).

الْمَادّة 91 :

تَنْتَهِي وَظِيفَةُ الوَلِيّ :

1 - بعَجْزِهِ،

2 - بمَوْتِه،

3 -بالْحَجْرِ عليْه،

4 -بإسْقَاطِ الولاية عنْه.

❖ قاضي شؤون الأُسْرَة هو المختصّ في حال المنازعة.



الْفَصْلُ الثَّالِثُ - اَلْوِصَايَة

De la tutelle testamentaire

الْمَادّة 92 :

يَجُوزُ للأبِ أَوْ الْجَدِّ تَعْيينُ وَصِيٍّ لِلْوَلَدِ الْقَاصِرِ إذا لَمْ تَكُنْ لَهُ أُمٌّ تَتَوَلَّى أُمُورَه أَوْ تَثْبُتُ عَدَمُ أَهلِيَتِهَا لذلك بالطُّرُقِ الْقَانُونية، وإذا تَعَدَّدَ الأَوْصِيَاءُ فلِلْقَاضِي اختيَارُ الأَصْلَح منْهُم مَعَ مُرَاعَاة أَحْكَام الْمَادّة (86) منْ هَذا الْقَانون.

❖ الوصايةُ تقُومُ على أربَعة أركَان هي : الْمُوصِي والْوَصِيّ (الطّرفان) والْمُوصَى به (المهمّة المسندة إلى الوَصِيّ) والصّيغة (تبادُلُ الإيجاب والقَبُول).

❖ الوَصيّ هو منْ يُعَيّنُهُ الوليُّ للقيام مقامَه بعد موْته فيما يتعلّق بتولّي شُؤون أوْلاده القُصّر {وأمّا الوصيّةُ فهي تبرُّعٌ مُضَافٌ لما بعدَ الموت} ، فإن كان قيامُ الوصي بالمهمة حالَ حياة الموصِي فهي وَكَالة.

← قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/05/17 فَصلاً في الطّعن رَقم 363794 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2006، الصّفْحَة 461) وقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يصبح الجدّ بحكم الْمَادّة 92 من قَانُون الأُسْرَة وصيا على الولد القاصر اليتيم الأبوين}.

❖ لمْ يشْترط القانونُ شكْلا إجْرائيا معينًا لإبْرام الوصيّة أو إثباتها.

الْمادّة 93 :

يُشْتَرَطُ فِي الْوَصِيِّ أَنْ يَكُونَ مُسْلِمًا عَاقِلاً بَالِغًا قَادرًا أَمينًا حَسَنَ التَّصرُّف، ولِلْقاضي عَزْلَهُ إذا لمْ تَتَوَفَّرْ فيه الشُّرُوطُ المذْكُورَة.

❖ شرْطُ الإسْلام يكون في حال الموصي المسْلم.

❖ مِنَ الجَائز أن تكونَ الوصاية بأجرٍ يَتفِقُ عليه الطرفانِ أو يُحدِّده القاضي.

الْمَادّة 94 :

يَجبُ عَرْضُ الْوِصَايَةِ على الْقَاضي بمُجَرَّدِ وَفَاةِ الأَبِ لتثبيتِهَا أَوْ رَفْضِها.

الْمَادّة 95 :

للْوَصِيِّ نَفْسُ سُلْطَةِ الْوَلِيِّ في التَّصَرُّفِ وِفقًا لأَحْكَام المَوَادّ (88 و89 و90) من هَذا القانون.

❖ الوِصايةُ، باعتبارها عملاً إراديًا، قد تكونُ : مُطْلَقَةً وقد تكونُ مُقَيَّدَةً، حسب اتّفاق الطّرفين، فإنْ كانت مطْلقة فسلْطة الوصي هي نفسُها سلْطة الوليّ الموصِي، وهو ما عالجه نصّ هذه الْمَادّة، فإنْ كانت وصايةً مقيّدةً فالعقْد شريعة المتعاقدين بشرط مراعاة مصْلحة الْقاصر (تحت مراقبة القاضي).

❖ هناك اختلاف بيْن فقهاء الشّريعَة الإسْلاميّة حول إيصاء الوصيّ لغيره أو توكيله بالمهام المسْندة إليْه.

الْمَادّة 96 :

تنْتَهي مُهِمَّةُ الْوَصِيّ :

1. بمَوْتِ الْقَاصِر، أَوْ زَوَالِ أَهْلِيَةِ الْوَصِيِّ أَوْ مَوْتِهِ،
2. ببُلُوغِ الْقَاصِرِ سِنَّ الرُّشْدُ مَا لَمْ يَصْدُرْ حُكْمٌ من الْقَضَاءِ بالْحَجْرِ عَلَيْه،



3. بانْتهَاءِ المهَامّ الّتي أُقيمَ الْوَصيُّ من أجْلهَا،
4. بقبُولِ عُذرهِ في التَّخَلّي عَنْ مُهمَّته،
5. بعَزْلِهِ بنَاءً عَلَى طَلَبِ مَنْ له مَصْلَحَةٌ إذا ثَبَتَ مِنْ تَصَرُّفَاتِ الْوَصِيِّ مَا يُهَدّدُ مَصْلَحَةَ الْقَاصر.

❖ زوال أهْلِية الْوصي يعني زوال كلّ أوْ بعض شروط تَوْليَتِهِ كما هي مذكورة في الْمَادّة 93 أعلاه.

الْمَادّة 97 :

عَلَى الوَصِيِّ الذي انتهَتْ مُهمَّتُهُ أنْ يُسلِّمَ الأمْوَالَ التي في عُهْدَتِهِ وَيُقَدِّمَ عنْهَا حِسَابًا بالمسْتَنَدَاتِ إلى مَنْ يَخْلُفُهُ أَوْ إلى الْقَاصِرِ الذي رَشِدَ (*) أَوْ إلى وَرَثَتِهِ في مُدَّةٍ لا تَتَجَاوَزُ شَهْرَيْنِ منْ تَاريخِ انتِهَاءِ مُهمّتِه.

وأنْ يُقَدّم صُورَةً عن الْحسَاب المذْكُور إلى الْقَضَاء.

وفي حَالَةِ وَفَاةِ الْوَصِيّ أَوْ فَقْدِهِ فعلَى وَرَثَتِهِ تَسْلِيمُ أمْوَالِ الْقَاصِرِ بوَاسِطَةِ الْقَضَاءِ إلى المعنِي بالأمْر.

❖ المعجم الغني = رَشَدَ : رَشَدْتُ ، أَرْشُدُ ، مصدر رُشْدٌ ، رَشَادٌ _ رَشَدَ / رشِد الوَلَدُ : بَلَغَ سِنَّ الرُّشْدِ، البُلوغ.

← وَضْعُ يَدِ الْوَصِيّ عَلَى أمْوَالِ الْقَاصِرِ لا تُفِيدُ الْحِيَازَة لصَالِحِه بَلْ لصَالِحِ القَاصِرِ = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1996/11/24 فَصلاً في الطّعن رَقم 85520 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضَائية، الْعَدَد 1996/2، الصّفْحَة 66) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا أنه يستوجب على الوصيّ الذي انتهت مهمّته أنْ يُسلم الأموال التي في عُهدته إلى القاصر الذي رَشِد، ويُقدّم عنها حسابًا بالمستندات في مدّة لا تتجاوز شهرين ابتداءً من تاريخ انتهاء مهمّته. ولما تبيّن في قضية الحال أنّ المطعونَ ضدّه كان وصيًّا

على أخته الطاعنة بعد وفاة أبيها ، فكان يستوجب عليه بعد بلوغها سن الرشد أن يُسلّمها حقّها في الأرض، وبالتالي فلا مجال لتطبيق أحكام التقادم المكسب عكس ما ورد في القرار المطعون فيه لأن وضعَ اليد في هذه الحالة لم يكن بنية الحيازة وإنّما باعتباره وصيًا، مما يستوجب نقض القرار المذكور} .

الْمَادَّةَ 98 :
يَكُونُ الوَصِيُّ مَسْؤُولاً عَمَّا يَلْحَقُ أَمْوالَ الْقَاصِرِ مِنْ ضَرَرٍ بِسَبَبِ تَقْصِيرِه.

❖ مسؤولية الوصيّ تخْضع للقواعد العامّة للمسْؤولية وفقا لأحْكام القانُون المَدَني.



الْفَصْلُ الرّابِعُ - التَّقْدِيم

De la curatelle

> **الْمَادّة 99 :**
>
> المقَدّمُ هُوَ مَن تُعَيّنُهُ المحكَمَةُ في حَالَةِ عَدَمِ وُجُودِ وَلِيٍّ أو وَصِيٍّ عَلَى مَن كَانَ فَاقِدَ الأَهليّة أَوْ نَاقِصَهَا بِنَاءً على طَلَبِ أَحَدِ أقَارِبِهِ، أَوْ مِمَّن لَهُ مَصلَحَةٌ أَوْ من النيَابَة العَامة.

◄ التّقْدِيمُ إِجراءٌ مـن إِجـراءات الحمايـة القـضائية يقـوم القـاضـي بموجبـه بتعـيينِ مقـدّمٍ يتـولى رعايـة مـصالح مَـن كـان فاقـد الأهليـة أَوْ ناقصها (سواء كان قاصرًا أو بالغًا)، فهي نوعٌ من الولاية المخفّفَة، ولا مانعَ من حيث الْمَبْدَأ من تعيين مقدّمَيْن اثنين أحدُهما على النفس والآخرُ على المال، ومِن المفيد أن يكون المقدمُ من الأقارب قدر المستطاع.

❖ تعيين المقَدَّمِ يكون من طرف قاضي شؤون الأُسْرَة بموجب أمرٍ على عريضة وفقا لما نصت عليه الْمَادّة 471 وما بعدها من قانُون الإجرَاءَات المَدَنيّة، وفي حال المنازعة في التعيين يفصل في ذلك بموجب دعوى استعجالية عملا بأحكام النصوص المذكورة.

◄ {يؤشّرُ على هامش عقد ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية بمنطوق الأمر القاضي بافتتاح أو تعديل أو رفع التقديم بأمر من النيابة العامة} حسب نص الْمَادّة 489 من قانُون الإجرَاءَات المَدَنيّة (مذكور أدناه).

➜ عندَ تعيين المقدَّم يُرَاعِي القَاضي الشّخصَ الأَصْلَح = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتاريخ 2010/10/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 577743 (مَنشُور بالمَجلّة

القَضَائية، العَدَد 2/2010، الصّفْحَة 285) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يراعي القاضي، عند تعيينه المقدّم، لرعاية شخص المحجور عليه، الشخص الأصلح}. وفي قَضِيّة الحَال جاء في حيثيات القرار :

«لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس سببوا قرارهم تسبيبا قانونيا سليما، كما تطرقوا إلى مسألة الولاية على المال وأن المطعون ضدها (ب.ن) حفيدة المطعون ضده الثاني أصلحُ للقيام بمهمة المقدّم لكونها تعيش مع جدها المطلوب الحجرُ عليه، وأنها متعوّدة على القيام بشؤونه خاصة المالية منها، كما اعتبروا أنّ الطّاعن لم يقدّم ما يثبت أنّه متعوّد على تسيير شؤون والده، وأنه متواجد بعيدا عنه بحكم إقامته وعمله بالعاصمة.

وحيث أن هذا التسبيب كافٍ ولا رقابة للمحكمة العليا على قضاة المجلس في ذلك مادام ذلك التسبيبُ يوصل إلى النتيجة التي توصّلوا إليها».

➔ المقدَّمُ يَدْفَعُ نَفَقَةَ أَبْنَاءَ المحْجُورِ عليْه = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2013/03/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 0727560 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2013، الصّفْحَة 272) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يتمّ دفع النّفقة للمحضون عن طريق المقدّم من مال الأب المحجور عليه}.

المَادّة 100 :
يَقُومُ المقَدَّمُ مَقَامَ الوَصِيِّ وَيَخْضَعُ لنَفسِ الأَحْكَام.

◄ للوصي حسب نص المَادّة 95 نفس سلطة الوليّ في التصرف وفقا لأحكام المواد (88 و89 و90) من هذا القانون.

➔ المقَدَّمُ لا يُلْزَمُ شخْصيًا بدفْع نفَقَةِ أبْناءِ المحْجورِ عليه = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/09/15



فَصلاً فِي الطّعن رَقم 754961 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدد 2/2011، الصفْحَة 308) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : تعيين الأب مقدّما على ولده المحجور عليه لا يعني الحكم عليه بصفته جدّ المحضونين بدفع نفقة الحضانة}. وفي قَضيّة الحَال فإن قضاة المَوْضُوع حكموا استعجاليا على الطاعن بدفع نفقة المحضونين بصفته مقدما على ابنه المحجور عليه الذي هو أب المحضونين دون بيان الأساس القانوني لحكمهم.



الْفَصْلُ الْخَامِسُ - الْحَجْر

De l'interdiction

الْمَادّة 101 :

مَنْ بَلَغَ سِنَّ الرُّشْدِ وَهُوَ مَجْنُونٌ، أَوْ مَعْتُوهٌ، أَوْ سَفِيهٌ، أَوْ طَرَأَتْ عَلَيْه إحْدَى الْحَالاتِ المذكُورَة بعْدَ رُشْدِهِ يُحْجَرُ عليْه.

◄ الحَجْرُ إجراءٌ قضائي تَحفّظِي يتم بموجبه منْعُ الشخص البالغ (المحجورُ عليه) من التصرف في ماله بسبب نقصٍ في قدراته العقلية وسوءِ تصرّفه. وقد يكونُ الحجر كليا يشملُ كلَّ التصرفات المالية للمحجور عليه، أو جزئيا كمنعه من تسيير شركةٍ أو إصدارِ الشيكاتِ مثلا.

◄ جاء في معجم اللّغة العربية المعاصر :

المعْتُوهُ : جمع معتوهون ومَعاتيهُ : ناقص العقل من غير جنون، ليس في وضع عقليّ سليم، غير مُؤَهَّل عقليًّا.

السّفِيهُ : جمع سُفهاءُ وسِفاه، المؤنث سَفيهة، جمع مؤنث سفيهات وسِفاه : مُبذِّر، سيِّئ التصرّف في مالِه :-{ولاَ تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ}. وأيضا : بذيء مُخلّ بالأدب والاحتشام :-أُغنية سَفيهة، -كلام سَفيه.

إذا نَطقَ السَّفِيهُ فلا تُجِبْهُ * فخَيْرٌ مِن إجَابَتِهِ السُّكُوتُ .

الْمَادّة 102 :

يَكُونُ الحَجْرُ بنَاءً على طَلَبِ أَحَدِ الأقارِبِ أَوْ مِمَّنْ لَهُ مَصْلَحَة، أَوْ من النّيَابَة العَامّة.

❖ وقد يكون الحجرُ كعقوبةٍ تكميليةٍ وفقًا لأحكام قانون العُقوبَات كما جاء في المَادّة 9 مكرر منه (أضيفت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006) ونصها : {في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية. تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي}.

الْمَادّة 103 :
يجبُ أنْ يَكُونَ الْحَجْرُ بحُكْمٍ، ولِلْقَاضِي أنْ يَسْتعينَ بأهْلِ الخبْرَةِ في إثبَاتِ أسْبَابِ الحَجْر.

◄ النصُّ جاءَ بصيغة الجواز غير أنه في الواقع يستحيل الحُكم بالحجر دون الاستناد إلى خبرة طبية.

← الخِبْرةُ الطِّبِّيَّة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخصيّة بتَاريخ 2006/07/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 365226 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2006، الصّفْحَة 477) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يتمّ توقيع الحجر استنادًا إلى خبرة طبية من طبيب مختص في الأمراض العقلية}، وفي قضية الحال تم نقضُ القرار المطعون فيه لأن قضاة المَوْضُوع استعانوا بطبيبة مختصة في الطب العام والتشريح.

الْمَادّة 104 :
إذا لمْ يَكُنْ للْمَحْجُورِ عَلَيْهِ وَلِيٌّ، أَوْ وَصِيٌّ، وَجَبَ على الْقَاضِي أنْ يُعيِّنَ في نفسِ الحُكْمِ مُقَدَّمًا لرعَايَة المحْجُورِ عليْه والْقِيَامِ بشُؤُونِهِ مع مُرَاعَاةِ أَحْكَامِ الْمَادّة 100 منْ هَذا القانون.

◄ الْمَادّة 100 المشارُ إليها تقضي بأن يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام.

← يُمْكنُ استبْدَالُ المقدَّم = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/07/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 262283 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2003، الصَفْحَة 353) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : إن القرار الذي قضى باستبدال مقدّم للمحجور عليه بعد تحقيق وافي، ومراعاة لمصلحته، هو قرار صائب ومسبب تسبيبا كافيا}.

← الحِرْصُ علَى أنْ يكُونَ المقدَّمُ علَى المحْجُورِ عليْهِ مِنْ أقَاربه = قرَار المَحكَمَة الْعُلْيَا الصّادِر عنْ الغرفة المدنية بتَاريخ 2011/10/20 فَصلاً في الطّعن رَقم 731298 والمَنشُور بمَجَلّة المَحكَمَة العُليَا في عَدَدهَا رَقم 2/2012 الصّفحَة 145 وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يجب تعيين مقدّم لإدارة أموال المحجور عليه قانونا، أثناء تنفيذ العقوبة الجنائية المحكوم بها عليه. لا يعيَّن المحضرُ القضائي مقدّما على المحجور عليه قانونا إلا إذا ثبت انعدام القريب}، وفي قضية الحال فإن مجلس قضاء قسنطينة أيد يوم 2010/06/30 الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة في 2010/05/04 القاضي بتعيين محضر قضائي كوكيل عن الطاعن (المحكوم عليه من طرف محكمة الجنايات)، وقد أثارت المحكمة العليا وجه الطعن المذكور تلقائيا غير أن قرارها لم يبيّن من أين أخذ هذا الْمَبْدَأ المستند عليه في غياب أية إشارة إليه في النصوص المعتمد عليها، وجاء في حيثيات القرار {حيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى تعيين المحضر القضائي قيّمًا على الطاعن بدل تعيين أحد أقاربه يُعدّ ذلك مخالفةً لأحكام الْمَادّة 101 وما يليها من قانُون الأُسْرَة، يعرّض قرارهم للنقض}، غير أن المادة المذكورة لا تشير إلى ذلك.

الْمَادّة 105 :

يَجبُ أنْ يُمَكّنَ الشّخْصُ الّذي يُرادُ التَّحْجيرُ عليْه من الدّفَاع عنْ حُقوقِه، ولِلْمَحْكَمَةِ أنْ تُعَيّنَ لَهُ مُسَاعدًا إذا رَأتْ في ذلكَ مَصْلَحَة.

➔ تعْيينُ محامٍ للشّخْص المطْلوب الحَجْرُ عليه = قرار المحكَمَة العُليا الصّادر عَنْ غرْفة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/07/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 336017 (مَنشُور بالمَجَلّة القضَائية، العَدَد 1/2005، الصَفْحَة 331) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يجبُ على القاضي قانونا تعيين محام للدفاع عن الشخص المطلوب الحجر عليه}، وجاء في حيثيات القرار أنّ الْمَادّة 105 من قَانُون الأُسْرَة توجب على القضاء أن يُمَكّن الشخصَ المراد الحجر عليه من محام ليتولّى الدفاع عن مصالحه.

الْمَادّة 106 :

الْحُكْمُ بالْحَجْرِ قَابلٌ لكُلّ طُرُقِ الطّعْن، وَيَجبُ نَشْرُهُ للإعْلام.

❖ وُجُوبُ نشْر الحكم القاضي بالحجر غايتُهُ إعْلامُ الناس المحتمل أن يتعاملوا مع المحجور عليه بوضعيته القانونية، غير أن النصّ لم يوضح كيفياتِ أو مدّةِ النشر، ولكن النص على النشر دون تحديد يعني النشر بإحدى الجرائد الوطنية.

القانون الفرنسي القديم كان يوجب تعليق حكم الحجر في لوحة إعلانات المحكمة وفي مكاتب الموثقين، بينما في القانُون المَدَني الفرنسي الحالي (الْمَادّة 444 منه) فقد نص على وجوب التأشير بحكم الحجر على هامش عقد ميلاد المحجور عليه حتى يكون حجّة على من يتعامل معه :

Article 444 code civil français :

Les jugements portant ouverture, modification ou mainlevée de la curatelle ou de la tutelle ne sont opposables aux tiers que deux mois après que la **mention en a été portée en marge de l'acte de**



naissance de la personne protégée selon les modalités prévues par le code de procédure civile.

Toutefois, même en l'absence de cette mention, ils sont opposables aux tiers qui en ont personnellement connaissance.

> الْمَادّة 107 :
>
> تُعتَبَرُ تَصَرُّفَاتُ المحْجُورِ عَليْهِ بَعْدَ الحُكْم بَاطِلَةٌ، وَقَبْلَ الحُكْم إذا كانت أَسْبَابُ الحَجْرِ ظَاهِرَةٌ وَفَاشيةٌ وَقْتَ صُدُورِها.

◄ إذا كان من المنْطقي أنْ يكون التّصرّفُ بإرادة منْفردة باطلا بسبب الحجْر فإنّ إبْطال التّصرّفات التعاقدية دون مراعاة لمركز المتعامل الآخَر ومدى علْمه بالحجْر قد يكون فيه غَبْن له إذا كان حَسن النّيّة ودَواعي الحجر غير ظاهرة.

← بُطلانُ تَصرّفَات المحْجُور عليه = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1998/03/17 فَصلاً في الطّعن رَقم 181889 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/1998، الصّفْحَة 82) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدأ : مِنَ الْمُقَرّر قَانُونًا أن «التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه تعتبر باطلة بطلانا مطلقا»، وَمنْ ثمّ فإنّ النّعيَ على القَرَار المطعُون فيه بانعدام وقصور الأسباب ليْس في محلّه. ومتى تبيّن، في قضية الحال، أن قضاة المجلس لما قضوا بإبطال عقد الشّهْرة على اعتبار أنّ الواهبَ كان محجورًا عليه ولا يجوزُ له إبرامُ التّصرّفات القانونية، فإن القضاةَ بقضائهم كما فعلوا طبّقوا القانونَ تطْبيقًا سليمًا}.

← وأيضًا = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادِر عنْ الغُرفَة المَدَنيّة بتَاريخ 1986/06/29 فَصلاً في الطّعن رَقم 43476 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عَدَدهَا رَقم 1/1993 الصّفحة 14 وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرّر قَانُونًا أن المحكومَ عليه بالحجر القانوني يحرم

عليه أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه المالية، ومن ثمّ فإن القضاء بما يخالف ذلك يعدّ مخالفة للقانون. ولما كان من الثّابت، في قضية الحال، أن الطاعن محكوم عليه بعقوبة جناية، فإن قضاة الموضوع برفضهم لدعواه الرامية إلى إبطال البيع الذي أنجزه أثناء تنفيذه لعقوبة الجناية يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون}.

➜ قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2002/06/05 فَصلاً في الطّعن رَقم 230962 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضَائية، العَدَد 2/2003، الصّفْحَة 296) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا يمكنُ الحكمُ على التّصرّفات القانونية الواقعة قبل الحجر على المريض إلا إذا أثبتت الخبرة بأن المَرضَ كان متفشيًا وظاهرًا}.

المَادّة 108 :
يُمْكِنُ رَفْعُ الحَجْرِ إذَا زَالَتْ أَسْبَابُهُ بنَاءً عَلَى طَلَبِ المحْجُورِ عليه.

❖ موْقفُ القانون الجزائري مماثلٌ لموْقف القانون التونسي (المَادّة 168 من مَجلّة الأَحْوَال الشّخْصِيّة التُونُسِيّة)، بينما القانون المغربي يسْمح أيضًا للنائب عن المحجور عليه بتقْديم طلب رفع الحجْر (المَادّة 218 من مُدَوَّنَة الأُسْرَة المغربية).

اَلْفَصْلُ السَّادِسُ - المفْقُودُ والْغَائِب

Du disparu et de l'absent

الْمَادَّة 109 :

المفْقُودُ هُو الشَّخصُ الْغَائبُ الّذي لا يُعْرَفُ مَكَانُهُ ولا يُعْرَفُ حَيَاتُهُ أَوْ مَوْتُه، ولا يُعْتَبَرُ مَفْقودًا إلا بحُكم.

❖ قدْ يَتغيَّبُ الشّخْصُ عنْ موْطنه وأهْله دون أنْ يَعْرفَ أحدٌ مكانَ تواجده وهلْ هو على قيْد الْحياة، فنكون حينئذ أمام احتمال وضْعيتيْن قانونيتيْن هما : ① الغياب أو ② الفقْدان، والفرْق بيْنهما يكون حسب ظروف الغياب، فإنْ كان الغياب في ظروفٍ عاديةٍ فهو الغياب وإنْ كانت ظروف الغياب يغْلب معها احْتمال الهلاك كتحطّم طائرة أو غرق سفينة فالغياب في مثل هذه الأوضاع هو الفُقْدان. وفي الحالتين هناك مراكز قانونية ومصالح مالية للعديد من الأشخاص ذوي الصّلة به (كزوجته وأولاده ودائنيه ...) يجب معالجتها قضائيا رعايةً لمصالح كل الأطراف، وهو ما عالجه قانُون الأُسْرَة في هذا الفصل، فنص على حُكْم الفُقْدَان وما يترتّبُ عليه من حصر الأموال وتعيين المقدّم (الْمَادّة 111)، ونصّ على الحُكْم بالموْت (الْمَادّة 113).

الْمَادّة 110 :

الْغَائبُ الّذي مَنَعَتْهُ ظُرُوفٌ قَاهِرَةٌ من الرُّجُوعِ إلى مَحَلِّ إقَامَتِهِ أَوْ إدَارَةِ شُؤُونِهِ بنَفْسِهِ أَوْ بوَاسِطَةٍ[1] مُدّةَ سَنَةٍ وتَسبَّبَ غيَابُهُ في ضَرَرِ الغيْرِ يُعتبَر كالمفْقود.

---

[1] - (بواسطة وكيلٍ حسب نص الْمَادّة بالفرنسية)

❖ هذه الحالة تتعلق بالغياب في ظروف عادية.

الْمَادَّة 111 :

علَى القَاضِي عنْدَمَا يَحْكُمُ بالفقيد[1] أن يَحْصُرَ أمْوَالَ المفْقُود، وأَنْ يُعَيِّنَ في حُكْمِهِ مُقَدِّمًا من الأقارب أَوْ غيْرهم لتسْيِيرِ أمْوالِ المفْقُودِ ويتَسلَّمُ ما اسْتحَقَّهُ منْ مِيرَاثٍ أَوْ تبرّع، مع مراعاة أحْكَامِ الْمَادَّة (99) منْ هذا القانون.

الْمَادَّة 112 :

لزَوْجَةِ المفْقُودِ أَوْ الْغَائِبِ أنْ تَطْلُبَ الطّلاقَ بنَاءً على الْفَقرةِ الخَامسة من الْمَادَّة 53 منْ هذا القانون.

❖ الفقرة 5 من الْمَادّة 53 تنص على إحدى الحالات التي تسمح للزوجة بطلب التطليق وهي الغيْبَة بعد مرور سنةٍ بدون عذرٍ ولا نفقة.

الْمَادَّة 113 :

يَجُوزُ الْحُكْمُ بمَوْتِ المفْقُودِ في الْحُرُوبِ والْحَالاتِ الاسْتثنائيّة بمُضِيِّ أرْبَعِ سَنَواتٍ بعْدَ التَّحرِّي، وفي الْحَالاتِ التي تَغْلبُ فيهَا السّلامَةُ يُفوَّضُ الأمْرُ إلى القَاضي في تقْدير المدَّة المنَاسِبة بعْدَ مُضِيِّ أرْبَعِ سَنَوات.

◄ صياغة النص تفيد أنّ الحكمَ بالموت يكون بعد الحكم بالفقدان، غير أنه لا يوجد ما يفيد صراحة أن دعوى طلب الحكم بموت المفقود يجب أن تسبقها دعوَى الحُكم بالفقدان.

← مُدّةُ السّنَوات الأربَع تكُونُ منْ تاريخ الفُقْدَان وليْسَ منْ تاريخ الحُكْم = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة

[1] "بالفقيد" = بالفقدان-المؤلف.

بتاريخ 2002/04/10 فصلاً في الطّعن رَقم 290808 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/2003، الصَّفحَة 372) وَقد جَاءَ فيه : {المَبدأ : إن احتساب القضاة لمدّة الفقدان من تاريخ النطق بالحكم رغم ثبوت ظروف فقدان المفقود دون إجراءِ تحقيقٍ لمعرفة ذلك هو خطأ في تطبيق القانون}، وجاء في حيثيات القرار أن حكم الدرجة الأولى صادر في 2000/11/18 وقضى برفض الدعوى لسبق الأوان بينما ظروف فقدان المعني بهذا الملف ثابتة منذ سنة 1994 وهي الفترة الحقيقية للفقدان.

← الْحُكْمُ الأوّلُ بالْفُقْدَانِ ثُمَّ الْحُكْمُ الثانِي بالموْت = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1995/05/02 فَصلاً في الطّعن رَقم 118621 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/1995، الصّفْحَة 101) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا أنّ الشّخصَ الغائبَ يُعتبَرُ مفقودًا بعد صدور حكمٍ قضائي يَشهد بذلك، ومن ثمَّ يُمكن إصدارُ حكمٍ ثانٍ يَقضي بموتِه بعد انقضاء آجال البحث عليه. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ قضاة المَوْضُوع حكموا بالفقدان والموت في آن واحد فإن ذلك يجعل الإجراءات المتبعة باطلة، مما يستوجب إبطال قرارهم المنتقد}.

← ميثَاقُ السّلْمِ والمصَالَحةِ الْوَطَنيّة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/02/11 فَصلاً في الطّعن رَقم 482011 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2009، الصّفْحَة 288) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يتم في إطار تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية التصريحُ بوفاة الشّخص المفقود بموجب حكمٍ قضائي اعتمادًا على محضرِ فُقدان الشخص المعني المُعدّ من طرف الشرطة القضائية وليس اعتمادا على شهادة الشهود (المادتان 27 (و) 30 من الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 2006/02/27 المتضمن تنفيذ الميثاق المذكور)}، وجاء في حيثيات القرار أن قاضي المَوْضُوع قد استند فقط على شهادة شاهدين دون الاستناد إلى محضر المعاينة المذكور.

← في الحالات التي تغلبُ فيها السلامةُ يتعينُ القياسُ على عمر أقْرَانِ المفْقود، ومنْ باب الاحْتياط يُقدّرُ أنّ المفْقودَ يُعتبرُ ميّتا إذا بلغ عمرُه من التّسْعين إلى المائة عام.

المَادّة 114 :
يَصدُرُ الحُكمُ بفقْدانِ أوْ موْتِ المفْقودِ بناءً على طلبِ أحدِ الورثةِ أوْ منْ له مصْلحةٌ أوْ النّيابة العامّة.

المَادّة 115 :
لا يُورَثُ المفْقُودُ ولاَ تُقسّمُ أمْوالُهُ إلا بعْدَ صُدُورِ الحُكْمِ بموْتِه، وفي حالَةِ رُجُوعِهِ أوْ ظُهُورِهِ حيًّا يَسْترْجعُ مَا بَقِيَ عيْنًا مِنْ أمْوالِهِ أوْ قيمَةَ مَا بِيعَ منهَا.

← بُطْلانُ التّصرُّفِ قبْلَ صُدُورِ الْحُكْمِ بمَوْتِ المفْقُود = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ الغرفة المدنية بتَاريخ 2008/12/24 فَصلاً في الطّعن رَقم 435190 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2009، الصّفْحَة 127) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : تصرّف المقدّم في أموال المفقود لا يكون صحيحا إلا إذا كان مبنيّا على حكم قضائي بموته. }، وجاء في حيثيات القرار أن المقدم تصرّف بعد صدور الحكم بالفقدان ولكن قبل صدور الحكم بموت المفقود.

اَلْفَصْلُ السّابِعُ - اَلْكَفَالَة

Du recueil légal {Kafala}

في حال تنازع القوانين من حيث المكان (بين الدول) فيما يتعلق بالكفالة والتبني تطبق أحكام المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري : {يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها ، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل. وتطبق نفس الأحكام على التبني}.

المادة 116 :
الْكَفَالَةُ الْتزَامٌ علَى وَجْهِ التَّبرُّعِ بالْقِيَامِ بوَلَدٍ قَاصِرٍ منْ نَفقَةٍ وتَرْبِيَّةٍ وَرعَايَةٍ قِيَامَ الأَبِ بابْنِهِ، وتَتِمُّ بعَقْدٍ شَرْعِي.

◄ الكفالةُ كمُصطلحٍ لها عدةُ معانٍ واستعمالات لدى فقهاء الشّريعَة الإسْلامِيّة منها ضمان دين المدين وضمان حضور الشخص أمام الحاكم حين استدعائه، ومن بينها أن يلتزم الكفيل بإعالة المكفول والإنفاق عليه وهو المقصود في قانُون الأُسْرَة، وقد خصّها القانون بكفالة الولد القاصر.

◄ الكفالةُ نظامٌ قانوني إسلامي مُعترَفٌ به عالميا كنظامٍ لحماية الطفل كما هو منصوص عليه في الْمَادّة 20 من اتفاقية حقوق الطفل التي اعتُمدت وعُرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1989، ونصها :

{1- للطفل المحرُوم بصفةٍ مُؤقتةٍ أو دائمةٍ من بيئتِهِ العائليةِ أو الذي لا يُسمَحُ له، حفَاظًا على مَصالحه الفُضلَى، بالبقاءِ في تلك البيئة، الحقُّ في حمايةٍ ومُساعدةٍ خاصتّيْن تُوَفّرُهُمَا الدولة.

2- تضمن الدولُ الأطرافُ، وفقًا لقوانينها الوطنية، رعايةً بديلةً لمثل هذا الطفل.

3- يُمكن أن تشملَ هذه الرعايةُ، في جملة أُمُور، الحضانة، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني، أو، عند الضرورة، الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال. وعند النظر في الحلول، ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل ولخلفية الطفل الإثنية والدينية والثقافية واللغوية}.

← الكَفَالَةُ وِلاَيَةٌ قَانُونية = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/12/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 369032 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2007، الصّفْحَة 443) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يجب على الكافل القيام بالإنفاق على الطّفل المكفول وتربيّته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره وليّا قانونيا، ما لم يثبت قانونا تخلّيه عن الكفالة}، وفي قضية الحال طالبت الحاضنة من الكافل الإنفاقَ على المكفول وقضاة المَوْضُوع رفضوا طلبَها على أساس أنها هي الحاضنة (بعد افتراق الأبوين) وأن النفقة تكون على الأب، فقضت المحكمة العليا بنقض قرارهم على أساس أحكام المَادّة 116 من قَانُون الأُسْرَة.

← لا تَسْرِي أَحْكَامُ الحَضَانَةِ والنّفقَةِ على المكْفُول = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/03/10 فَصلاً في الطّعن رَقم 613481 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2012، الصّفْحَة 290) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا تسري آثار الطلاق، من حضانة ونفقة، على الطفل المكفول، الذي يعيش مع مطلقة الزوج الكافل}.

وأكدت ذلك في قرارها الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2013/06/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 0813942 (مَنشُور بالمَجلّة

القضائية، العدد 1/2014، الصفحة 309) وقد جاء فيه : {المبدأ : نفقة الطفل المكفول يتحملها بعد الطلاق الشخص الكافل المذكور في عقد الكفالة وليس الزوج المطلق}.

المادة 117 :

يَجبُ أَنْ تَكُونَ الْكَفَالَةُ أَمَامَ المحْكَمَةِ أَوْ أَمَامَ الْمُوَثِّق، وأنْ تتمّ برضا مَنْ لَهُ أبوان.

Art. 117. - Le recueil légal est accordé par devant le juge ou le notaire avec le consentement de l'enfant quand celui-ci a un père et une mère.

❖ أطْرافُ الْكفالة هم : الْكفيل والمكْفول وأبويْ المكْفول أو مصْلحة الحماية الاجْتماعية، والنّصّ اشْترط رضا المكْفول الذي له أبوان فقطْ، وبطبيعة الحال طلب التّعبير عن الرّضا يكون من القاصر المميّز أيْ البالغ ثلاث عشرة سنة، وبالتّالي فإنّ النّصّ لمْ يتطرّقْ إلى رضا أبويْ المكْفول (سواء كان مميّزا أوْ غيْر مميّز) ولا إلى رضا المكْفول المميّز مجْهول النّسب.

❖ الكفالةُ أمامَ المحْكمة تكونُ بأمْرٍ على ذيْل عريضةٍ يُصْدرُهُ قاضي شُؤُون الأُسْرَة عملاً بأحْكَام الْمَادّة 492 وما بعدهَا من قانُون الإجرَاءَات المَدَنيّة (مذكورة أدناه).

❖ لمْ ينص القانون على أيّ تعْليقٍ أو إشْهارٍ للْكفالة أوْ تأْشير بها على وثائق الحالة المدنية.

المادّة 118 :

يُشْتَرَطُ أنْ يَكُونَ الْكَافِلُ مُسلِمًا، عَاقِلاً أَهْلاً لِلْقِيَامِ بشُؤُونِ المكْفُولِ وقادرًا على رعَايَتِه.

❖ لمْ يشترط القانونُ أنْ يكون طالبُ الْكفالة متزوّجًا أوْ أنْ يبلُغ من العمر سنًا معيّنة. ومنْ باب المقارنة فإنّ الشّروط المطلوبة حسب القانون المغربي رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطْفال المهملين في المادّة 9 منه هي :

{تُسنَد كفالةُ الأطْفال الذين صدر حكْم بإهْمالهم إلى الأشْخاص والهيْئات الآتي ذكْرها :

1-الزّوْجان المسْلمان اللّذان استوْفيا الشّروط التالية :

أ) أنْ يكونا بالغيْن لسنّ الرّشْد القانوني، وصالحيْن للْكفالة أخْلاقيا واجْتماعيا ولهما وسائل مادّيّة كافية لتوْفير احْتياجات الطّفْل ؛

ب) ألاّ يكون قدْ سبق الحكْم عليْهما معًا أو على أحدهما منْ أجْل جريمة ماسّة بالأخْلاق أوْ جريمة مرْتكبة ضدّ الأطْفال ؛

ج) أنْ يكونا سَليمَيْن من كلّ مرضٍ مُعْدٍ أوْ مانعٍ من تحمّل مسْؤوليتهما ؛

د) أن لا يكونَ بيْنهُمَا وبيْن الطّفْل الذي يرغبان في كفالته أوْ بيْنهما وبيْن والديْه نزاع قضائي، أو خلاف عائلي يُخْشَى منْه على مصْلحة المكْفول.

2-المرأةُ المسْلمةُ التي توفّرت فيها الشّروطُ الأرْبعةُ المشار إليْها في البنْد الأوّل من هذه المادّة.

3-المؤسّساتُ العمومية المكلّفةُ برعاية الأطْفَال، والهيْئات والمنظّمات والجمْعيات ذات الطّابع الاجْتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامّة المتوفّرة على الوسائل المادّية والموارد والقدرات البشرية المؤهّلة لرعاية الأطْفال وحسْن تربيتهم وتنْشئتهم تنْشئة إسْلامية}.

❖ لمْ تبيّن النّصوص كيْف يتأكّدُ الموثقُ منْ توافر شرُوط الْكفالة.

❖ جنسيةُ الكافل مسألةٌ ذات أهمّيّة بالغة خصوصًا بالنسبة للقُصّر مجهولي النّسب (لأنه يسْهل عنْ طريق الكفالة إخْراجهم من التّراب الوطني فيفقدون بذلك كلّ حماية من الدّوْلة).

والقانون المَدني تعرَّضَ لمسألة الجنسية في حال تنازُع القوانين فقط في المَادّة 13 مكرر 1 منه (عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005) ونصها : {يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كلّ من الكفيل والمكفول وقت إجْرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل}.

الْمَادّة 119 :
الوَلَدُ المكفُولُ إمّا أَنْ يَكُونَ مَجهُولَ النَّسَبِ أَوْ مَعلُومَ النّسَب.

الْمَادّة 120 :
يَجبُ أنْ يَحتَفِظَ الوَلَدُ المكفُولُ بنَسَبِهِ الأَصلِي إنْ كَانَ مَعلُومَ النّسَب، وإنْ كَانَ مَجهُولَ النَّسَبِ تُطبّقُ عليه الْمَادّة 64 من قانون الحَالة المدنية.

❖ تَسْمِيَةُ الطّفْلِ مَجْهُولِ الأبوَيْن : نص الْمَادّة 64 من الأمر رقم 70 -20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389الموافق 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية :

{يَختار الأسماءَ الأبُ أو الأمُّ أو في حالة عدم وجودهما المصرِّحُ.

يجبُ أن تكونَ الأسماءُ أسماءَ جزائرية، ويجوزُ أن يكونَ غير ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين معتنقين ديانة غير الديانة الإسلامية.

تُمنع جميعُ الأسماء غير المخصصة في الاستعمال أو العادة.

يُعطِي ضابطُ الحالة المدنية نفسَهُ الأسماءَ إلى الأطفال اللّقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم يَنسب لهم المصرحُ أية أسماء. يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي}.

❖ تَغْييرُ لقبِ المكْفُولِ مجهُولِ النّسَب : المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 8 رجب 1412 الموافق 1993/01/13 المتمم للمرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 1971/06/03 المتعلق بتغيير اللقب (الجريدة الرسمية رقم 5 لعام 1992 الصفحة 138)، يُسمح لمن يَكفل ولدًا قاصرًا مجهولَ الأب أن يتقدم بطلب تغيير لقب المكفول قصد مطابقة لقب المكفول بلقب الكفيل، ويُعدّل اللقبُ بأمرٍ من رئيس المحكمة بطلبٍ من وكيل الجمهورية الذي يُخطره وزير العدل بالطلب المقدم من الكفيل.

الْمَادّة 121 :
تُخوِّلُ الْكفَالَةُ الْكَافِلَ الْولايَةَ القَانُونية وجَميعَ المنَحِ العَائلية والدّراسيّة التي يَتمَتّعُ بهَا الوَلَدُ الأصلِي.

الْمَادّة 122 :
يُدِيرُ الْكَافِلُ أَمْوَالَ الْوَلَدِ المكْفُولِ المكْتَسَبَةِ من الإرْثِ، والْوَصيّةِ، أَوْ الْهبَةِ لصَالِح الْوَلَدِ المكْفُول.

الْمَادّة 123 :
يَجُوزُ للْكَافِلِ أنْ يُوصِيَ أَوْ يَتَبَرّعَ للْمَكْفُولِ بمَالِهِ في حُدُودِ الثلُث، وإنْ أَوْصَى أَوْ تَبَرَّعَ بأَكْثَر منْ ذلك، بَطُلَ ما زادَ على الثلُثِ إلاّ إذا أجَازَهُ الْوَرَثة.

← الْوَصِيَّةُ أو التَّبرُّعُ للْمَكْفُول يكُونُ فِي حُدُودِ الثُلُثِ فقَطْ = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/05/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 620402 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2011، الصّفْحَة 283) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرّعَ للمكفول بمالِهِ في حدود الثلث. عقدُ الهبة المبرَم من طرف الكافل للمكفول يَدخُلُ ضمن عقُود التّبرُّع}، وجاء في حيثيات القرار :

{حيث أنّ الواهبَ إذا كان بإمكانه أنْ يَهبَ كلّ ممْتلكاته وِفقًا لنص الْمَادّة 205 من قانون الأُسْرَة فإن ذلك مقيدٌ بألاّ يكون الواهب كافلا والموهوب له مكفولا، كون الكافل مقيّد اتجاه المكفول بأن لا يزيد التصرفُ بالوصية أو التبرع عن حدود الثلُث وفقا لنص الْمَادّة 123 المشار إليها إلا إذا أجازه الورثة، ويكون بذلك عقد التبرع المبرم خلافا لنص الْمَادّة 123 قابلا للطعن فيه بإبطال التصرف فيما زاد عن الثلث ممن لهم مصلحة}.

الْمَادّة 124 :
إذَا طَلَبَ الأَبَوَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا عَوْدَةَ الْوَلَدِ المكْفُولِ إلى وِلاَيَتِهِمَا يُخَيَّرُ الْوَلَدُ فِي الالْتِحَاقِ بهمَا إذَا بَلَغَ سِنَّ التَّمْيِيز، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُمَيّزًا لا يُسلَّم إلاّ بإذْنٍ من الْقَاضي، مَعَ مُرَاعَاةِ مَصْلَحَةِ المكْفُول.

← لاَ يَجُوزُ الصُّلْحُ فِي مَسَائِلِ الحَالَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1991/05/21 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 71801 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1996، الصّفْحَة 105) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا أنّ المسائل المتعلّقة بالحالة الشّخصيّة والنّظام العامّ لا يجوز الصُّلح بشأنها إلا بنصّ خاصّ (الْمَادّة 461 من القانون المدَني). ومن ثمَّ فإنّ قضاة

المَوْضُوع باعتمادهم على وثيقة الصُّلْح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها وتخييرها بين البقاء عند مربّيها أو الذهاب لوالدها رغم أنها تجاوزت سنّ التّمييز، فإنهم بذلك خرقوا القانون واستحق قرارهم النقض} (عمر البنت المكفولة حسب القرار 16 سنة).

← يَصِحُّ إلْغَاءُ الْكَفَالَة إذا تَوَافَرَت شُرُوطُ الْمَادّة 124 = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1998/03/17 فَصلاً في الطّعن رَقم 184712 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1998/2، الصّفْحَة 89) وَقَد جَاءَ فيه : {من الثّابت، في قَضيّة الْحَال، أنّ المجلس لما قضى بإلغاء عقد الكفالة والتصريح بعودة المكفولَيْن إلى ولاية أُمّهما بناءً على رغبتهما ومراعاةً لمصلحتهما فإن القرار يكون عندئذ خاليًا من أيّ قصور أو تناقض في الأسباب}.

← قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/10/11 فَصلاً في الطّعن رَقم 367977 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2007/1، الصّفْحَة 473) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : تتمّ عوْدة الولد المكْفول غيْر المميّز بإذْن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول}.

← قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2010/11/11 فَصلاً في الطّعن رَقم 582813 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2011/1، الصّفْحَة 262) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : أُمّ البنْت مجْهولة الأب، المتكفّل بها من طرف الغيْر، هي الأوْلى بحضانتها}. وفي قَضيّة الْحَال طالبت الأم بأن يسلمها الكافل ابنتها (التي سلّمتها له بعد ولادتها للتكفّل بها) فحكمت لها المحكمة بطلبها ولكن المجلس ألْغى الحكْم ورفض الطّلب، وبعد الطعن بالنقض قررت المحكمة العليا في قرارها المذكور «أنّ الطّاعنة بصفتها أمُّ البنت أوْلى من غيرها في حضانتها» ونقضت القرار



المطعون فيه، غير أنّ الظاهر مما هو مذكور في القرار أن القضية لا تتعلق بالحضانة ولكن تتعلق بطلب استرجاع الولد المكفول وهو ما يحكمه نصّ الْمَادّة 124 من قَانُون الأُسْرَة وليس أحكام الحضانة.

الْمَادّة 125 : التَّخَلّي عَنِ الْكَفَالَةِ يَتِمُّ أَمَامَ الْجِهَةِ التي أَقَرَّت الْكَفَالَة، وَأَنْ يَكُونَ بِعِلْمِ النِّيَابَةِ العَامّة، وفي حَالَةِ الْوَفَاةِ تَنْتَقِلُ الْكَفَالَةُ إلى الْوَرَثَةِ إِنِ الْتَزَمُوا بذلك وإلاّ فَعَلَى الْقَاضِي أَنْ يُسْنِدَ أَمْرَ الْقَاصِرِ إلى الْجِهَةِ الْمُخْتَصَّة بالرِّعَاية.

أَحْكَامُ قَانُون الإِجْرَاءَاتِ الْمَدَنِيّة وَالإِدَارِيَّةِ في بَابِ الوِلاَيَة :

في إِجْرَاءَات الوِلاَيَة - في الوِلاَيَة عَلَى نَفْسِ القَاصِر

الفَصلُ المتعلقُ بقسم شُؤُون الأُسْرَة :

الْمَادّة 453 : يقدَّم طلبُ إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت، من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من قبل كل مَن يهمّه الأمر بدعوَى استعجَالية.

الْمَادّة 454 : يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلبٍ من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة :

1- سماعُ الأَب والأُم وسماعُ كل شخصٍ آخر يرى فائدة في سماعه،

2- سماع القاصر ما لم يكن سنّه أو حالته لا تسْمح بذلك،

3- الأمر بإجْراء تحقيقٍ اجتماعي أو فحصٍ طبي أو نفساني أو عقلي.

الْمَادّة 455 : يتم التبليغ الرسمي للأمر الاستعجالي الصادر وفقا للمادة 453 أعلاه، من طرف الخصم الذي يهمه التعجيل إلى باقي الخصوم خلال ثلاثين (30) يوما من تاريخ النطق به، تحت طائلة سقوط الأمر.

المَادّة 456 : يكون الأمر قابلا للاستئناف :

1 - من قبل الخصوم في أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ التبليغ الرسمي،

2 - من قبل النيابة العامة خلال نفس المدة ابتداء من تاريخ النطق بالأمر.

المَادّة 457 : ينظر في الاستئناف ويفصل فيه في غُرفة المشُورَة في آجال معقولة.

المَادّة 458 : تقدم الطلبات المشار إليها في المَادّة 453 أعلاه، حسب القواعد المقررة لرفع الدعوى الاستعجالية وذلك أمام محكمة مقر ممارسة الولاية.

ينظر في الطلبات ويفصل فيها في غرفة المشورة، بعد سماع ممثل النيابة العامة ومحامي الخصوم في ملاحظاتهم عند الاقتضاء.

المَادّة 459 : يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين.

المَادّة 460 : يمكن للقاضي ومراعاة لمصلحة القاصر، أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية.

كما يجوز له أن يسند مؤقتا حضانة القاصر لأحد الأبوين، وإذا تعذر ذلك تسند لأحد الأشخاص المبينين في قانون الأُسْرَة.

يمكن أن يكون هذا الإجراء مَوْضُوع تعديل، إذا تطلبت مصلحة القاصر ذلك، إما تلقائيا من القاضي أو بناء على طلب الولي أو القاصر المميز أو ممثل النيابة العامة أو كل شخص آخر تتوفر فيه الصفة لحماية القاصر.

يفصل القاضي في هذا الطلب بموجب أمر استعجالي.



الْمَادّة 461 : يجوز للقاضي إلغاء تدابير الإنهاء أو السحب المؤقت للحقوق المرتبطة بممارسة الولاية كليا أو جزئيا، بطلب من والد القاصر المسقطة عنه الولاية.

الْمَادّة 462 : يقدم الطلب المشار إليه في الْمَادّة 461 أعلاه، إلى المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مقر ممارسة الولاية.

الْمَادّة 463 : يتلقى القاضي في الجلسة تصريحات القاصر وتصريحات والده وأمه أو الحاضن أو أي شخص آخر يكون سماعُه مفيدا.

ويمكن إعفاء القاصر من الحضور.

يقدِّم محامو الأطراف ملاحظاتهم عند الاقتضاء.

ينظر ويفصل في الطلب بغرفة المشورة، بعد تقديم طلبات ممثل النيابة العامة.

يكون الأمر الفاصل في الطلب قابلا للاستئناف حسب الأوضاع المحددة في الْمَادّة 456 أعلاه.

في الولايَة على أَموال القَاصر

الْمَادّة 464 : يؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال القاصر.

الْمَادّة 465 : يمكن للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة أو بطلب من أي شخص تهمه مصلحة من وضع تحت الولاية.

الْمَادّة 466 : عند قيام القاضي، تلقائيا بمراقبة الولاية أو بناءً على طلب النيابة العامة، يجوز له استدعاءُ كل شخصٍ يرى سماعه مفيداً.

وفي الحالات الأخرى، يكون التكليف بالحضور على عاتق المدعي.

الْمَادّة 467 : يمكن للقاضي، قبل الفصل في المَوْضُوع، أن يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة لحماية مصالح القاصر.

هذا الأمر غير قابل لأي طعن.

الْمَادّة 468 : تخضع إدارة أموال القاصر في حالة وفاة الوالدين إلى رقابة القاضي.

1- في تعيين المقدَّم والوصيّ :

الْمَادّة 469 : يعيِّنُ القاضي طبقًا لأحكام قانون الأُسْرَة، مقدمًا من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصًا آخر يَختارُه.

يجب في الحالتين أن يكون المقدَّم أهلا للقيام بشؤون القاصر وقادرًا على حماية مصالحه.

الْمَادّة 470 : يقدم طلب تعيين المقدم في شكل عريضة، من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأُسْرَة، أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة.

الْمَادّة 471 : يعين القاضي المقدم بموجب أمر ولائي بعد التأكد من رضائه.يجب على المقدم أن يقدم دوريا وطبقا لما يحدده القاضي، عرضا عن إدارة أموال القاصر وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة.

الْمَادّة 472 : يخطر القاضي من قبل الوصي أو ممثل النيابة العامة أو القاصر الذي بلغ سن التمييز أو كل شخص تهمه مصلحة القاصر بتثبيت الوصاية رفضها بعد وفاة الأب.

في حالة رفض الوصاية، يعين القاضي مقدما طبقا للمادة 471 أعلاه، أو يتخذ جميع الإجراءات التحفظية في انتظار تعيين المقدم.

يجوز للقاضي وضع القاصر تحت وصاية الوصي المختار عندما تتوفر فيه الشروط المقررة قانونا.



يفصل في جميع المنازعات الخاصة بتعيين الوصي بأمر استعجالي قابل لجميع طرق الطعن.

الْمَادّة 473 : إذا قصّر الوليّ أو الوصيّ أو المقدّم في أداء مهامه، يَتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي.

2- في مُنَازَعَات الولاية على أمْوال القاصِر :

الْمَادّة 474 : تُرفَع المنازعاتُ المتعلقةُ بالولاية على أموال القاصر أمام قاضي شؤون الأُسْرَة.

وفي حالة الاستعجال يُفصل في الدعوى وفقا للإجراءات الاستعجالية.

الْمَادّة 475 : تكون الأحكامُ الصادرة طبقا لمقتضيات الْمَادّة 474 أعلاه، قابلة لطرق الطعن.

الْمَادّة 476 : ترفع جميع المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية وإدارتها أمام قاضي شؤون الأُسْرَة.

الْمَادّة 477 : ترفع المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية من قبل القاصر، بعد بلوغه أو ترشيده، أمام قاضي شؤون الأُسْرَة.

الْمَادّة 478 : ترفع المنازعات المتعلقة بتصرفات القاصر، بعد بلوغه سن التمييز أمام قاضي شؤون الأُسْرَة.

3- في التَّرْخيص والتَّرْشيد :

الْمَادّة 479 : يُمنح الترخيصُ المسبقُ المنصوصُ عليه قانونًا، والمتعلقُ ببعض تصرفات الولِي، من قِبل قاضي شؤون الأُسْرَة بموجب أمرٍ على عريضة.

الْمَادّة 480 : يقرر قاضي شؤون الأُسْرَة ترشيد القاصِر بأمرٍ ولائِي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا.

الْمَادّة 481 : يُصرَّح بموجب أمرٍ يصدرُهُ قاضي شؤون الأُسْرة بافتتاح أو تعديل أو رفع التَّقديم عن ناقصي الأهلية.

الْمَادّة 482 : يجب أن تتضمن العريضة المقدمة من أجل افتتاح التقديم على ناقص الأهلية، فضلا عن البيانات العادية، عرضا عن الوقائع التي تبرر التقديم، ويجب أن ترفق بالملف الطبي للشخص المعني بالتقديم.

الْمَادّة 483 : إذا عاين القاضي أن الشخص المبين في العريضة ليس له محام، عين له محاميا تلقائيا.

الْمَادّة 484 : يتلقى القاضي تصريحات الشخص المعني بإجراء التقديم، بحضور محاميه والأشخاص المعنيين، وإذا رأى ضرورة لذلك يتلقى هذه التصريحات بحضور الطبيب المعالج وممثل النيابة العامة.

إذا استحال على القاضي سماع أقوال الشخص المعني بإجراء التقديم أو إذا كان سماعه من شأنه أن يضر بصحته، يجوز له صرف النظر عن هذا السماع.

الْمَادّة 485 : يحرر أمين الضبط، تحت إشراف القاضي، محضرا تدوّن فيه تصريحات الأشخاص الحاضرين وآرائهم إن اقتضى الأمر.

الْمَادّة 486 : يمكن للقاضي تلقي آراء أعضاء العائلة قبل الفصل في الطلب المقدم إليه.

ويمكنه قبل اتخاذ القرار أنْ يأمر بخبرة طبية لتحديد الحالة الصحية للمعني وذلك بأمر ولائي.

الْمَادّة 487 : بمجرد إيداع تقرير الخبرة، عند الاقتضاء، ينظر ويفصل في القضية بغرفة المشورة.



الْمَادّة 488 : يتم التبليغ الرسمي للأمر الذي يصرح بافتتاح التقديم أو برفض الطلب، بتسخيرة من النيابة العامة، عن طريق المحضر القضائي بدون رسوم ومصاريف، إلى الشخص المعني وإلى من قَدّم الطلب.

يُرفع الاستئناف في هذا الأمر في أجل خمسة عشر (15) يوما.

يَسري هذا الأجلُ تجاه الأطراف ابتداءً من تاريخ التبليغ الرسمي.

ويسري ابتداء من تاريخ النطق به بالنسبة للنيابة العامة.

الْمَادّة 489 : يؤشر على هامش عقد ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية بمنطوق الأمر القاضي بافتتاح أو تعديل أو رفع التقديم بأمر من النيابة العامة.

ويعد هذا التأشير إشهارا.

أَحْكَامُ قَانُونِ الإِجْرَاءَاتِ الْمَدَنِيَّةِ وَالإِدَارِيَّةِ فِي بَابِ الكَفَالَة :

في إجراءاتِ الكفالة

الْمَادّة 492 من قانون الإجْرَاءَات الْمَدَنِيّة وَالإِدَارِيّة :

يقدّمُ طلبُ الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأُسْرَة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة.

الْمَادّة 493 منه : يَفصِل القاضي في طلب الكفالة بأمرٍ ولائي.

الْمَادّة 494 منه : ينظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة.

الْمَادّة 495 منه : يتأكد قاضي شؤون الأُسْرَة من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل، وعند الاقتضاء، يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته.

الْمَادّة 496 منه : ترفع دعوى إلغاء الكفالة أو التخلي عنها حسب قواعد الإجراءات العادية.

ينظر في الدعوى في جلسة سرية، بعد سماع ممثل النيابة العامة في طلباته.

يتم استئناف هذا الحكم حسب الإجراءات العادية.

الْمَادّة 497 منه : عند وفاة الكافل يتعين على ورثته أن يخبروا، دون تأخير، قاضي شؤون الأُسْرَة الذي أمر بالكفالة.

يتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول الإبقاء على الكفالة.

إذا التزم الورثة بالإبقاء عليها، يعين القاضي أحد الورثة كافلا.



في حالة الرفض ينهي القاضي الكفالة حسب نفس الأشكال المقررة لمنحها.

أحكَامُ القَانُونِ المَدَنِي حولَ النِّيابةِ الشَّرْعية

المَادّة 15 (عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005) :

{يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النّظم المقرّرة لحماية القصّر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته.

غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصّر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلّقت بأموالهم الموجودة في الجزائر}.



اَلْكِتَابُ الثّالِثُ - اَلْمِيرَاثُ

DES SUCCESSIONS

اَلْفَصْلُ الأَوّل - أَحْكَامٌ عَامّة

في حال تنازُع القوانين من حيثُ المكَان (بين الدول) فيما يتعلق بالميراث والوصيّة والهبة والوقف تُطبق أحكام الْمَادّة 16 من القانون المَدَني الجزائري (عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005) ونصّها : {يَسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانونُ جنسية الهالك أو الموصِي أو مَن صدر منه التصرفُ وقتَ موته.

ويسري على الهبة والوقف قانونُ جنسية الواهب أو الواقف وقتَ إجرائهما}.

- أحكام الميراث تسمى في كتب الفقه الإسلامي بالفَرَائِض.

◄ وفي معجم اللغة العربية المعاصرة :

-مِيراث : جمع مَواريثُ : ما يُوَرَّثُ، تَرِكَةُ الميِّت : قسَّموا ميراثَ أبيهم بالتَّساوي.

- {وَلِلَّهِ مِيرَاثُ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ} : مُلْكُهما.

• علم المِيراث : (الفقْه) علمُ الفَرَائِض، وهو علمٌ يُعرَفُ به الوَرَثة وما يستحقُّون من الميراث وموانعه وكيفيَّة قسمته بينهم.

تَرِكة/ تِرْكة [مفرد] : ج تَرِكات/ تِرْكات : ما يَترُكُهُ الميِّتُ لورثته من المال والممتلكات "قسَّم الورثةُ التَّرِكَةَ".

الْمَادّة 126 :
أَسْبَابُ الإرْثِ : الْقَرَابَةُ، والزّوْجيّة.

➜ الزَّوَاجُ فِي مَرَضِ المَوْتِ صَحِيحٌ ولكِنْ لا إِرْثَ فيه = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصَّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشَّخْصيَّة بتَاريخ 2001/05/23 فَصلاً فِي الطَّعن رَقم 251656 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدد 1/2002، الصَّفْحَة 305) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : إن النكاح الواقع في مرض الموت سواء للزوجة أو للزوج لا إرث فيه (فقه)}، وجاء في حيثيات القرار أن ذلك ورد في مختصر خليل في باب أحكام النكاح عند الحديث عن الأنكحة الفاسدة التي فيها الإرث فقال إلا نكاح المريض زوجًا كان أو زوجة فلا إرث فيه.

الْمَادَّة 127 :
يُسْتَحَقُّ الإرثُ بمَوْتِ المورِّثِ حقيقةً أَوْ باعتِبَارِهِ مَيِّتًا بحُكْمِ القاضِي.

➜ أحكَامُ الميرَاثِ من النِّظَامِ العَامِّ ولا يَصِحُّ تقْسِيمُ التَّركة من طَرَفِ المورِّثِ قبْلَ وَفَاتِه = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشَّخْصيَّة بتَاريخ 1995/10/24 فَصلاً فِي الطَّعن رَقم 125622 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدد 1/1996، الصَّفْحَة 117) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المقرّر أن الميراثَ يُستحَقّ بموت المورِّث حقيقةً أو باعتباره ميتًا بحكمِ القاضي. ومن ثمَّ فإن قضاة المجلس باستنادهم على العقد العرفي الذي حرّره مورّث الأطراف أثناء حياته من أجل قسمة تركته بين أولاده فإنهم قد أفقدُوا حُكمَهم من كلّ أساس شرعي أو قانوني وعرّضوه للنقض والبطلان}.

➜ لا يصحُّ تَقْسِيمُ التّركةِ منْ طرفِ المورِّثِ قبْلَ وَفاتِه = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1993/09/28 فَصْلاً فِي الطَّعْن 93703 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 332). وأيضا : قرَارُها الصَّادرُ عنْ غُرفَة شؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/03/17 فَصْلاً فِي الطَّعْن



179555 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيا، عَدَد خاص باجْتِهاد غُرفةِ الأحْوالِ الشّخْصيّة، 2001، الصَّفْحَة 340).

← حُلولُ الوارِثِ مَحلّ المورِّثِ بقُوّةِ القانون = قرار المَحكَمة العُليا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتاريخ 2006/05/17 فَصلاً في الطّعن رَقم 348247 (مَنشُور بالمَجلّة القضائية، العَدَد 2/2006، الصَّفْحَة 395) وقد جاءَ فيه : {المَبْدَأ : يُستحقّ الإرث بموت المورِّث حقيقةً أو باعتباره ميتًا بحكم القاضي، ويحلّ الورثة المتوفّرون على صفة التقاضي محلّ مورّثهم بقوّة القانون}.

← تَنْتقِلُ المِلْكيةُ إلى الوَرَثَة بالوَفَاة وَلَيْسَ بالشّهادَة التَّوْثيقيّة أوْ بالشّهْر = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغرفة العقارية بتَاريخ 2011/06/09 فَصلاً في الطّعن رَقم 713016 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 2/2011، الصَّفْحَة 179) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : تَنتقِلُ الملكيةُ إلى الورثة بمجرّد الوفاة وليس بموجب الشهادة التوثيقية. المَادّة 91 من المرسوم رقم 76-63 تتعلق بشهر الحقوق الميراثية لا غير}. وجاء في حيثيات القرار :

" حيث يُستخلص من معطيات الدعوى أن النزاعَ يتعلقُ باسترجاع المسكن الذي تشغله المطعون ضدها والذي آل إلى الطاعنين عن طريق الإرث من مورثتهم (م. م.).

حيث أنه لما كانت المَادّة 15 من الأمر 74/75 التي تنص أن "نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعولُه من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية"، والمادة 127 من قانون الأُسْرَة التي تَعتبر الملكية تنتقلُ إلى الورثة بمجرد الوفاة، وبالتالي فإن المَادّة 91 من المرسوم 76-63 تخصّ شهْر الحقوق الميراثية لا غيْر، ومِنْ هنا فإنّ صفة الطّاعنين ثابتة وكان على قضاة المَوْضُوع التّقيُّدُ بمَوْضُوع النزاع

بخصوص استرجاع المسكن محل النزاع والفصل في النزاع على ضوء النتائج المستخلصة من الملفّ ومرفقاته".

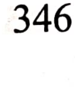
← تَنْتَقِلُ التّركَةُ إلى الْوَرَثة بالْوَفاة بقوّة الْقَانون = قرار المحكَمَة العُليَا الصّادر عن الغُرفَة العقارية بتاريخ 2014/06/12 فصلاً في الطّعن رَقم 0853794 (منشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2014، الصّفْحَة 315) وَقَد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : تنتقلُ التركة بقوّة القانون إلى الورثة بمجرّد وفاة المورث. التركةُ سببٌ من أسباب اكتساب الملكية وإثباتُها غيرُ محصُورٍ في العقد الرسمي}، وجاء في حيثيات القرار :

"حيث يتبيّنُ فعلاً من القرار المنتقد أنّ قضاة المجلس لما قضوا برفض الدّعوى الرّامية إلى إنْهاء حالة الشّياع في حقوق عقارية يملكها أطرافُ الدعوى حسبهم إرثًا من والدهم.

وحيث أنّ التّركة تنتقل إلى الورثة بمجرّد وفاة المورّث إلى ورثته الشّرعيّين وبقوّة القانون وأنّ التّركة سبب من أسباب كسب الملكية، وطالما أنّ قضاة المَوْضُوع اعتبروا أنّ التركة لا يُمكن إثباتُها إلاّ بموجب عقدٍ رسمي فإنهم بذلك قد أَشَابُوا قضاءَهم بانعدام الأساس القانوني، ومنه فإن الوجهَ المثارَ مؤسسٌ يتعينُ معه نقضُ القرار المطعُون فيه}.

الْمَادّة 128 :
يُشْتَرَطُ لاسْتِحْقَاقِ الإرْثِ أَنْ يَكُونَ الْوَارِثُ حَيًّا أَوْ حَمْلاً وَقْتَ افتتَاحِ التّرِكَة، مَعَ ثُبُوتِ سَبَبِ الإرْثِ وَعَدَمِ وُجُودِ مَانِعٍ منَ الإرْث.

← اخْتِلافُ الدِّينِ مانعٌ منَ الميرَاث = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1995/07/25 فَصلاً في الطّعن رَقم 123051 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1996،



الصَفْحَة 113) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المقرّر أن القاضي يَرجع لأحكام الشّريعَة الإسْلاميّة في كلّ ما لم يرد فيه نصّ في قَانُون الأُسْرَة. ومن الثابت شَرْعًا : "أن لا يرثَ الكافرُ المسلمَ ولا المسلمُ الكافرَ ولا يتوارث أهل الملّتين شيئا". ولما تبيّن من قضية الحال أن الطاعن لم يعتنق الإسلام ما دام لم يتلفّظ بالشّهادتين أمام الجهة المؤهّلة لذلك إلاّ بعد وفاة أمّه المسلمة فإنّه لا توارث بينهما، مثلما ذهب إليه قضاة المَوْضُوع في قرارهم، ويتعيّن بذلك رفض الطّعن} (وجاء في حيثيات القرار بأن : اعتناق الإسلام لا يتمّ بمجرد إعلان الرّغبة فيه أو بمجرّد وضع طلبٍ لاعتناقه لدى الجهة المؤهلة لذلك بل لا بدّ من التّلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لتلقّيهما، وابتداءً من تاريخ هذا التلفّظ بالشهادتين يصيرُ المعتنقُ للإسلام مسلمًا، أمّا قبلَ التلفّظ بالشهادتين فلا يّحق له الادعاء بالإسلام، وهذا ما ذهب إليه قضاة المَوْضُوع في حيثيات الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه، فالدفع بخرق أحكام الشّريعَة الإسْلاميّة غير وارد أصلا) (الجهة المؤهلة هي وزارة الشؤون الدينية، وهناك طلبٌ لاعتناق الإسلام وطلبٌ لإثبات الإسلام، والغاية هي توثيق المراكز في المعاملات وحماية حقوق الأطراف وخصوصًا المرأة الجزائرية التي يُراد الزواج بها، وأما من ناحية العقيدة فليست هناك واسطة رسمية بين العبد وربّه، واعتناق الإسلام يتمّ بمجرد اقتناع الشخص بألاّ إله إلا الله وأن محمّدًا عبده ورسوله والعمل بمقتضى ذلك = المؤلف).

➜ العِبْرَةُ باتّفَاقِ الدّينِ أو اختلافِهِ تكونُ يَوْم وَفاةِ المورِّث = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/06/20 فَصلاً في الطّعن رَقم 244899 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2003، الصَفْحَة 345) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يجبُ الميراث لمن كانَ مسلمًا يومَ موْت المورّث، ومَنْ أَسلَمَ بعد موته

فلا حقّ له في الميراث حسب قول الإمام مالك. وإن القضاء بمنح صفة الوارثة للزوجة الأجنبية التي لم تعتنق الإسلام في حياة زوجها إلا بعد وفاته هو مخالفة للقانون}.

➜ إثْبَاتُ اعتِنَاقِ الدِّينِ الإسلامِي = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2007/11/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 398948 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2011، الصّفْحَة 237) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : الإشهادُ الصادر عن وزارة الشؤون الدينية كافٍ لإثبات اعتناق الدين الإسلامي}. وجاء في حيثيات القرار :

«حيث من المقرر شَرْعًا أن إثباتَ اعتناق الإسلام يثبت بالتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك.

ولما تبين من دعوى الحال أن وزارة الشؤون الدينية أعطت إشهادًا للمطعون ضده على اعتناقه الإسلام منذ 1972 فإن هذه الوثيقة تبقى صحيحة مادام لم يُطعن فيها بالتزوير، الأمر الذي يتعين معه رد الوجهين المثارين لعدم التأسيس».

المَادّة 129 : إذا تُوفي اثنَانِ أَوْ أَكثَرَ وَلَمْ يُعْلَمْ أَيُّهُمْ هَلَكَ أَوَّلاً فَلاَ اسْتِحْقَاقَ لأَحَدِهِم في تَركَةِ الآخَرِ سَوَاءٌ كَانَ مَوْتُهُم في حَادِثٍ وَاحِدٍ أمْ لا.

➜ الغَرْقَى والهَدْمَى = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1999/03/16 فَصلاً في الطّعن رَقم 219318 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2000، الصّفْحَة 183) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقرّر قَانُونًا أنه إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يُعلم أيّهم هلَكَ أوّلا فلا استحقاقَ لأحدهم في تركة الآخر. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قضيّة الحَال، أنّ الطاعنَ لم يُثبت مزاعمَهُ بدليل إذا كان والده وجدّه قد توفيَا في وقتٍ واحدٍ حتى لا يرثُ أحدُهما

الآخر، وإن قضاة المَوْضوع بتأييد الحكم المستأنف القاضي برفض الدعوى طبّقوا القانون تطبيقًا صحيحًا}.

المَادّة 130 :

يُوجِبُ النّكَاحُ التَّوَارُثَ بَيْنَ الزَّوْجَيْن وَلَوْ لَمْ يَقَعْ بنَاءٌ.

← ميرَاثُ امْرَأةٍ منْ زوْجَيْهَا الأخَوَيْن = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1993/04/27 فَصلاً في الطّعن رَقم 91664 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضَائية، العَدَد 1/1994، الصّفْحَة 68) وقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المستقرّ عليه شرْعًا وقضاءً أن العلاقة الزّوجية هي سبب من أسباب الميراث، وتستحقُّ الزوجةُ الإرثَ بموت مورّثها. ومن المعروف في القواعد الإجرائية أن تقديمَ مستخرجٍ من عقد الزواج المبرم هو دليلٌ من أدلّة الإثبات وليس طلبًا جديدًا. ومتى ثبت أن الطّاعنة بعد وفاة زوجها الأول سنة 1957 ووفاة زوجها الثاني (أخ الزّوج الأول) سنة 1959، فإنها تستحقُّ المطالبة بتحديد منابها من تركة زوْجَيْها الأخويْن ولا تُعدّ دعواها تعسّفية، كما أنّ تقديمها لعقدَيْ الزواج ليس طلبًا جديدًا، كما فهمه خطأً قضاة المَوْضُوع، وإنما أدلّة إثباتية لتدعيم الدّعوى}.

المَادّة 131 :

إذا ثَبَتَ بُطْلاَنُ النِّكَاح فلا تَوَارُثَ بَيْنَ الزَّوْجَين.

المَادّة 132 :

إذا تُوُفِّي أَحَدُ الزَّوْجَين قَبْلَ صُدُورِ الحُكْم بالطّلاقِ أَوْ كَانَت الوَفَاةُ في عِدَّةِ الطّلاق، استَحَقَّ الحَيُّ منْهُمَا الإرْثَ.

← قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1993/12/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 101444 (مَنشُور بالمَجَلّة

القَضَائية، العَدَد 2/1996، الصَّفْحَة 73) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقَرَّر قَانُونًا عند وفاة أحد الزّوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أن يستحقَّ الحيُّ منهما الإرث، وللزوجة نفس الحقّ إذا حصلت الوفاة أثناء عدّة طلاقها. ويَعتبر الفقهاءُ الزّوجةَ التي طلّقها زوجها ومات وهي في عدّتها أنْ تعتدّ بأبعد الأجلين وتستحق منابها في الميراث، وتُعتبَر وكأنها ما زالت زوجةً حتى ولو كان الطّلاق صحيحًا. أما إذا طلّقها وهو مريض مرض الموت، ولو كان طلاقًا بائنا، ومات أثناء عدّتها وثبت أنه قصد حرمانها من الميراث فإنها تعتدّ بأطول الأجلين : الطلاق أو الوفاة}.

❖ إذا قَصَدَ الهالكُ أنْ يَحرِم زوْجَتَه من الميراث فطلّقها في مرض موْته، وهو ما أشار إليه قرار المحكمة العليا السابق (رقم 101444)، فهو ما يُعرَفُ في الفقه بطلاق الفِرَار أو طلاق الفَارّ أو طلاق المريض.

➔ وفاةُ الزّوْجِ أثناءَ دعْوَى توْقِيعِ الطّلاق = قَرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/11/10 فَصلاً في الطّعن رَقم 653324 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2012، الصَّفْحَة 238)، وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : تؤدّي وفاةُ الزّوْج بعد رفْعه دعْوى طلاقٍ إلى انْقضاء الخُصُومَة وليسَ إلى انْقطاعها}، انظر حيثيات القرار على هامش المَادّة 47 قبله.

المَادّة 133 :
إذا كَانَ الوَارثُ مَفقُودًا وَلَمْ يُحْكَمْ بمَوْتِهِ يُعتَبَرُ حَيًّا وِفقًا لأَحْكَام المَادّة 113 منْ هذا القانون.

المَادّة 134 :
لا يَرثُ الحَمْلُ إلا إذا وُلِدَ حيًّا، ويُعتبَرُ حَيًّا إذا اسْتَهَلَّ صَارِخًا أَوْ بَدَتْ مِنْهُ عَلامَةٌ ظَاهِرَةٌ بالْحيَاة.



← شَخْصيةُ الإنسَان تبْدأُ بتمَامِ ولادتِهِ حَيًّا (حقه محفوظ أثناء مدة الحمـل) = قـرَار المَحكمَـة العُليَـا الـصّادر عَـنْ الغُرفَـة المدنيـة بتَـاريخ 1984/10/10 فَصلاً في الطّعن رَقم 35511 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1989/1، الصّفْحَة 53) (وموضوع الدعوى هو أن من حق الجنين بعد ولادته حيًّا أن يُطالب بواسطة وليّه بالتعويض عن الضّرر النّاجم عن وفاة والده في حادث مرور وقع قبل ولادته) وَقَد جَاءَ في القرار : {المَبْدأ : مِنَ المُقرّر قانونا أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا، وعلى هذا الأساس كان تمتع الجنين بحقوقه المدنية واكتسابه بذلك العنوان أهلية الوجوب خاضعا هو الآخر لشرط الولادة حيا. ومتى تحقق ذلك الشرطُ وثبت في الدعوى، دون أن يحضى من طرف القضاء بالاعتراف في استحقاق التعويض عن الحادث الذي أودى بحياة الوالد، فإن المجلس القضائي حين رفضه الطلب وقضائه بصرف الأم لما تراه مناسبا يكون قد أنكر حقا مكتسبا أقرّه القانون، ومن ثمّة أخطأ في التطبيق مما يستوجب النقض}.

المَادّة 135 :
يُمْنَعُ مِنَ الميرَاثِ الأشْخَاصُ الآتيةُ أوْصَافُهُم :
1.قاتلُ المورِّثِ عَمْدًا أَوْ عُدوانًا سَوَاءٌ كَانَ القَاتلُ فَاعلاً أَصْليًّا أَوْ شَريكًا،
2.شَاهدُ الزُّورِ الذي أَدّتْ شَهَادتُهُ إلى الحُكْمِ بالإعْدَامِ وتنْفيذِهِ،
3.العَالِمُ بالْقتْلِ أَوْ تدبيره إذا لمْ يُخْبر السُّلُطَات المعنية.

← ويُسمّى المنْعُ من الميراث في هذه الحالات بالحَجْب بالوَصْف وهو : حجب الشخص من جميع الميراث لوجود الوصْف القائم به كما هو مذكور في نص المَادّة.

المَادّة 136 :
الممْنُوعُ من الإرْثِ للأسْبَابِ المذْكُورَةِ أعْلاهُ لا يَحْجُبُ غيْرَهُ.

← الأبُ القاتلُ (لأخيه) لا يَحْجُبُ ابنَهُ من الميرَاثِ (من عمّه، كعاصبٍ) = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1995/07/25 فَصلاً في الطّعن رَقم 122724 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1998، الصّفْحَة 126) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : مِنَ المُقَرّر قانونًا أن «قاتل المورّث عمدًا وهو ممنوع من الإرث شرْعًا لا يحْجُبُ غيْرَه. ولما تبيّن، في قضية الحال، أن القاتلَ هو والدُ الطاعن (في القضية الراهنة) وإذا كانَ الأبُ هو القاتلُ فإن الابنَ لا يُحرَمُ من الميراث كعاصبٍ لأن والدَه لا يَحجبُه طبقا لأحكام المَادّة 136 من قَانون الأُسْرَة، وعليه فإنّ قضاة المَوْضُوع لما اعتبروا الطاعنَ محجوبًا حجْب حرْمان بسبب القتل الذي قام به والدُه فإنّهم أخْطأوا في تَطبيق القَانون، مما يستوْجب نقْض القرار المطعون فيه}.

المَادّة 137 :
يَرِثُ القَاتلُ خَطَأً من المالِ دُونَ الدِّيَّةِ أَوْ التّعويض.

المَادّة 138 :
يَمْنَعُ منَ الإرْثِ اللّعَانُ والرِّدَّة.

← قرَارُ المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1984/07/09 فَصلاً في الطّعن رَقم 33509 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 3/1989، الصّفْحَة 60) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : متى كان من المقرّر شرْعًا، وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى، أنّ الشّريعَة الإسْلاميّة لا تشترطُ الجنْسيّةَ في باب الميراث ولكنها تأمر بإثبات التّمسّك بالدّين الإسلامي، فإنّ القضاء بما يتّفق مع أحكام هذا المَبْدَأ يعدّ مؤسّسا على قواعد الشّريعَة الإسْلاميّة.



إذا ما تبيّن أنّ المطعون ضدّه مسلم، حيث أنّه من جنسية مغربية باعتراف الطّاعن مما يحقّ له شرْعًا الحصول على منابه في الميراث من مخلّفات المرحومة التي يرثها، فإنّ قضاة الاستئناف بتطبيقهم لأحكام هذا المَبْدأ الشّرْعي وُفّقوا فيما قضوا به}.



اَلْفَصْلُ الثّاني - أَصْنَافُ الوَرَثَة

Les catégories d'héritiers

الْمَادّة 139 :

يَنْقَسِمُ الْوَرَثَةُ إلى :

1. أَصْحَابِ فُرُوضٍ،
2. عَصَبَة،
3. ذَوِي الأرْحَام.

الْمَادّة 140 :

ذَوُو الْفُرُوضِ هُم الّذينَ حُدِّدَتْ أَسْهُمُهُم في التّركَةِ شَرْعًا.

← ويُبْدَأُ في تقْسيم التّركة بأصْحاب الْفروض.

الْمَادّة 141 :

يَرِثُ من الرِّجَالِ الأَبُ والْجَدُّ للأب، وإنْ علاَ، والزَّوْجُ، والأَخُ للأمّ، والأخُ الشّقيق، في المسْألة العُمَريّة.

- المقصُودُون في هذه الْمَادّة هم الورثة الرّجالِ بالْفَرْض فقَطْ (خمسة)، وأمّا مجْموعُ الورثة الرّجال بالفرْض والتعْصيب فهم إلى جانب مَنْ ذُكِرَ في النصّ : الابنُ، وابنُه وإنْ سَفَلَ (بمعنى نزلت درجته)، وابن الأخ الشقيق، والأخُ لأب وابنه وإن سفل، والعمّ الشقيق والعمّ للأب وابنهما وإن سفل.

الْمَادّة 142 :

يَرِثُ مِنَ النِّسَاءِ البِنْتُ، وبِنْتُ الابْن، وإنْ نَزَل، والأُمُّ والزَّوْجَةُ، والْجَدَّةُ مِن الجهَتَيْن وإنْ علَتْ، والأُختُ الشَّقِيقَة، والأُختُ لأَب، والأُخْتُ لأُمّ.

- المقصُودُونَ في هذه المَادّة هم الورثة النساءُ بالفرض أو بالتعصيب.

المَادّة 143 :

الفُرُوضُ المحَدَّدَةُ سِتَّةٌ وهي :

النِّصْفُ، والرُّبُعُ، والثُّمُنُ، والثُلُثَانِ، والثلُثُ، والسُّدُس.

أصحابُ النّصف

Les héritiers réservataires ayant droit à la moitié

المَادّة 144 :

أَصْحَابُ النِّصْفِ خَمْسَةٌ وهمْ :

1. الزَّوْجُ وَيَسْتَحِقُّ النِّصْفَ منْ تَركَةِ زَوْجَتِهِ بشَرْطِ عَدَمِ وُجُودِ الفَرْعِ الوَارِثِ لَهَا،
2. البِنْتُ بشَرْطِ إنفرَادِهَا عنْ ولدِ الصُّلْب ذكرًا كانَ أَوْ أنثى،
3. بنْتُ الابْنِ بشَرْطِ إنفرادِهَا عن وَلَدِ الصُّلْبِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنثى ووَلَدِ الابْنِ في دَرَجَتِهَا،
4. الأُخْتُ الشَّقِيقَةُ بشَرْطِ إنفرَادِهَا، وَعَدَمِ وُجُودِ الشَّقِيقِ والأَب، ووَلَدِ الصُّلبِ، ووَلَدِ الابْنِ ذَكَرًا أَوْ أُنثى، وعدمُ وُجُودِ الْجَدّ الذي يَعْصُبُهَا،
5. الأُخْتُ لأَبٍ بشَرْطِ انفرَادِهَا وَعَدَمِ وُجُودِ الأَخِ والأُخْتِ لأَبٍ، وَعَدَمِ وُجُودِ مَنْ ذُكِرَ في الشَّقِيقَة.

❖ بنْتُ الابْنِ تَرِثُ النّصْفَ بشَرْطِ إنفرَادِها عنْ وَلَدِ الصُّلْبِ ذكرًا كانَ أَوْ أُنثى وولَدِ الابْنِ في دَرَجتِها = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/07/21 فَصْلاً في الطّعْن 201022 (مَجلّة المَحْكَمَةِ العُلْيا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصيّة، 2001، الصَّفْحَة 343).



أَصْحَابُ الرُّبُعِ

Les héritiers réservataires ayant droit au quart

الْمَادّة 145 :

أَصْحَابُ الرُّبُعِ اثْنَانِ وَهُمَا :

1) الزَّوْجُ عِنْدَ وُجُودِ الفَرْعِ الوَارِثِ لِزَوْجَتِهِ،

2) الزَّوْجَةُ أَوْ الزَّوْجَاتُ بِشَرْطِ عَدَمِ وُجُودِ الفَرْعِ الوَارِثِ لِلزَّوْجِ.

أَصْحَابُ الثُّمُنِ

Les héritiers réservataires ayant droit au huitième

الْمَادّة 146 :

وَارِثُ الثُّمُنِ :

الزَّوْجَةُ أَوْ الزَّوْجَاتُ عِنْدَ وُجُودِ الفَرْعِ الوَارِثِ لِلزَّوْجِ.

أَصْحَابُ الثُّلُثَيْنِ

Les héritiers réservataires ayant droit aux deux tiers

الْمَادّة 147 :

أَصْحَابُ الثُّلُثَيْنِ أَرْبَعَةٌ وَهُنَّ :

1. بِنْتَانِ فَأَكْثَرَ بِشَرْطِ عَدَمِ وُجُودِ الابْنِ،
2. بِنْتَا الابْنِ فَأَكْثَرَ بِشَرْطِ عَدَمِ وُجُودِ وَلَدِ الصُّلْبِ، وابْنِ الابْنِ فِي دَرَجَتِهِمَا،
3. الشَّقِيقَتَانِ فَأَكْثَرَ بِشَرْطِ عَدَمِ وُجُودِ الشَّقِيقِ الذَّكَرِ، أَوْ الأَبِ أَوْ وَلَدِ الصُّلْبِ،
4. الأُخْتَانِ لأَبٍ فَأَكْثَرَ بِشَرْطِ عَدَمِ وُجُودِ الأَخِ لأَبٍ، وَمَنْ ذُكِرَ فِي الشَّقِيقَتَيْنِ.

أَصْحَابُ الثلُث

Les héritiers réservataires ayant droit au tiers

الْمَادّة 148 :
أَصْحَابُ الثلُثِ ثَلاَثَةٌ وهُمْ : 1.الأُمُّ بِشَرْطِ عَدَمِ وُجُودِ الفَرْعِ الوَارِثِ أَوْ عَدَدٍ مِن الإِخْوَةِ سَوَاءٌ كَانُوا أَشِقَّاءَ أَوْ لأبٍ أَوْ لأمٍّ وَلَوْ لَمْ يَرِثُوا ، 2.الإِخْوَةُ لأُمٍّ بِشَرْطِ انفِرَادِهِم عَن الأَبِ، والجَدِّ لِلأبِ، وَوَلَدِ الصُلْبِ وَوَلَدِ الابنِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنثَى، 3.الجَدُّ إِنْ كَانَ مَعَ إِخْوَةٍ وَكَانَ الثلُثُ أَحْضَى[1] لَهُ.

أصْحاب السّدس

Les héritiers réservataires ayant droit au sixième

الْمَادّة 149 :
أَصْحَابُ السُّدُسِ سَبْعَةٌ هُمْ : 1.الأَبُ بِشَرْطِ وُجُودِ الوَلَدِ، أَوْ وَلَدِ الابْنِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنثَى، 2.الأُمُّ بِشَرْطِ وُجُودِ فَرْعٍ وَارِثٍ أَوْ عَدَدٍ مِنَ الإِخْوَةِ سَوَاءٌ كَانُوا وَارِثِينَ أَوْ مَحْجُوبِين، 3.الجَدُّ لِلأَبِ عِنْدَ وُجُودِ الوَلَدِ، أَوْ وَلَدِ الابْنِ، وعِنْدَ عَدَمِ وُجُودِ الأَب، 4.الجَدَّةُ سَوَاءٌ لأَبٍ أَوْ لأُمٍّ وَكَانَتِ مُنْفَرِدَةً، فَإِنْ اجْتَمَعَتْ جَدَّتَانِ وَكَانَتَا فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ قُسِمَ السُّدُسُ بَيْنَهُمَا، أَوْ كَانَتْ التي لِلأُمِّ أَبعَدُ، فَإِنْ كانتْ هي الأَقْرَبُ اختَصَّتْ بالسُّدُس،

[1] أَحضَى له - الصّواب أحظى، من الحظّ - المؤلف.



5. بِنْتُ الابْنِ وَلَوْ تَعَدَّدَت بِشَرْطِ أَنْ تَكُونَ مَعَ بِنْتٍ واحدةٍ وَأَنْ لا يكونَ مَعَهَا ابْنُ ابْنٍ فِي دَرَجَتِهَا،

6. الأُخْتُ للأبِ وَلَوْ تعدَّدَت بِشَرْطِ أَنْ تَكُونَ مَعَ شَقِيقَةٍ واحدةٍ، وانفرادِهَا عن الأخِ للأبِ، والأبِ والولدِ ذكرًا كانَ أَوْ أنثى،

7. الأخُ للأمِّ بِشَرْطِ أَنْ يكونَ منفردًا ذكرًا كانَ أَوْ أنثى، وعَدَم وُجُودِ الأصلِ والفرعِ الوارثِ.

➜ الأبُ مِنْ أصْحابِ الفُروضِ، والمطالبَةُ بإدْراجِه ضِمْنَ الورثةِ على مُستوَى المجلِسِ لا يُعتبر طَلَبًا جديدًا = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1998/07/21 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 200213 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2000، الصَفْحَة 168) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقَرَّر قَانُونًا وشَرْعًا أن «أصحاب السُّدس هم سبعة من بينهم الأب، بشرط وجود الولد أو ولد الابن ذكرا كان أو أنثى»، ومن المقرّر أيضا أنه «لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف ما لم تكن خاصّة بمقاصّة أو كانت بمثابة دفاع في الدعوى الأصلية».

ولمّا كَانَ الثّابتُ، فِي قَضيّة الحَال، أَنّ نصيب الأب أُهْمل فعلاً في الفريضة المقدّمة من طرف الموثّق والمصادق عليها من طرف المحكمة، وأن قضاة الاستئناف بمصادقتهم على الحكم المستأنف دون الإجابة على الدفع المثار والخاصّ بنصيب الأب واعتباره طلبا جديدا، رغم أنّه مستمدّ من الطّلب الأصلي، فكان عليهم الأمر بإجراء فريضة أخرى تشمل كافّة ورثة الهالك بما فيهم الأب، فبقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تَطبيق القَانُون وعرّضوا قرارهم للنقض}.



اَلْفَصلُ الثّالثُ - اَلْعَصَبَة

Les héritiers universels (héritiers aceb)

الْمَادّة 150 :

العَاصبُ هوَ مَنْ يَستَحِقُّ التَّرِكَـةَ كُلَّهَا عندَ إنفرَادِهِ، أَوْ مَا بَقِـيَ منهَـا بعـدَ أَخْذِ أَصْحَابِ الفُـرُوضِ حُقُـوقَهُم، وإنْ اسْـتغْرَقَت الفُرُوضُ التَّـرِكَة فلا شَيْءَ له.

← إذا وُجد الابْنُ كعاصبٍ مع أَخَوَاتِهِ فلا يُمْكـن بعد وفاته أنْ يَدّعي العمّ الحُلُولَ مَحَلَّهُ = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1991/05/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 74123 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 4/1993، الصّفْحَة 83) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المُقرّر شَرْعًا وَقَانُونًا أنّ العاصب هو من يستحقّ التّركة كلّها عند انفراده، ومن ثمَّ فإن النّصّ على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مؤسس. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ العاصب (الابن) كان حيا بعد وفاة المورّث وحَجَبَ بذلك الطّاعنَ وهو عمّ العاصب المتوفّى، فإن قضاة المَوْضُوع بتأييدهم لتقرير الخبير بحجْب الطّاعن طبّقوا صحيح القانون}.

الْمَادّة 151 :

العَصَبَةُ ثلاَثَةُ أَنوَاعٍ :

1.عَاصِبٌ بنَفسِهِ،
2.عَاصِبٌ بغَيْرِه،
3.عَاصِبُ غَيْرِه.

العاصبُ بنفْسه

المَادّة 152 :

العَاصِبُ بنَفسِهِ هُوَ كُلُّ ذَكَرٍ يَنتَمِي إلى الْهَالِكِ بوَاسِطَةِ ذَكَرٍ.

❖ فريضةٌ من أبْناء أبناء الابْن وعمّتهم (ابنة ابن - أعلى منهم درجة) = بنت الابن ترثُ النصفَ طبقًا للفقرة 2 من المادة 144 من قانُون الأسْرَة، وأبْناءُ الابْن ينتمُون إلى الهالك بواسطة ذكرٍ فهُمْ يرثُونَ النّصْفَ الباقي تعْصيبًا = قرارُ المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِرِ عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/07/21 فَصْلاً في الطّعْن 201022 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصيَّة، 2001، الصَّفْحَة 343).

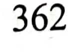
المَادّة 153 :

العَصَبَةُ بالنَّفْسِ أَرْبَعُ جِهَاتٍ يُقَدَّمُ بَعْضُهَا على بعْضٍ عندَ الاجْتمَاعِ حَسبَ التّرْتيب الآتي :

1. جهَةُ البُنُوَّةِ وَتَشْمَلُ الابْنَ، وابْنَ الابْنِ مهمَا نَزلَتْ دَرَجَتُهُ،
2. جهَةُ الأُبُوَّةِ وَتشْمَلُ الأَبَ، والجَدَّ الصَّحيحَ مَهمَا عَلاَ مَعَ مُرَاعَاةِ أَحْوَالِ الجَدِّ،
3. جهَةُ الأُخُوَّةِ وَتَشْمَلُ الإخْوَةَ الأَشِقَّاءَ أَوْ لأَبٍ وَأَبنَاءَهُم مَهمَا نَزلُوا،
4. جهَةُ العُمُومَةِ وَتَشْمَلُ أَعْمَامَ المَيِّتِ، وَأَعْمَامَ أبيهِ، وَأَعْمَامَ جَدِّهِ مَهْمَا علا، وَأَبنَاءَهُم مَهمَا نَزلُوا.

المَادّة 154 :

إذا كَانَ المَوْجُودُ من العَصَبَةِ أَكْثَرُ منْ وَاحِدٍ وَاتَّحَدُوا في الجِهَةِ كَانَ التّرْجيحُ بَيْنَهُم بالدّرَجَةِ فيُقَدَّمُ أَقْرَبُهُم درجَةً إلى المَيِّتِ،



وإذا اتَّحَدُوا في الجهَةِ والدَّرجَةِ كانَ التَّرْجيحُ بقُوَّةِ القَرابَةِ فمَن كَانَ ذَا قَرَابَتَيْنِ قُدِّمَ على مَنْ كانَ ذا قرابةٍ واحدة، وإذا اتَّحَدُوا في الجهَةِ والدّرَجَةِ والقَرابَةِ وَرِثوا بالتَّعْصيبِ واشْتَرَكُوا في المال بالسَّوِيّة.

العَاصبُ بغَيْره

المَادّة 155 :

العَاصبُ بغَيره هوَ كلُّ أنثى عَصَّبَهَا ذَكَرٌ وهي :

1.البنْتُ مَعَ أَخِيهَا،

2.بنْتُ الابْنِ معَ أَخِيها، أَوْ ابْنِ عمِّهَا المسَاوي لها في الدرجةِ، أَوْ ابْنِ ابْنِ عمِّها الأسفَلَ درجَةً بشرْطِ أنْ لا ترثَ بالفَرْض،

3.الأُخْتُ الشّقِيقَةُ مَعَ أَخِيهَا الشّقيق،

4.الأخْتُ لأبٍ مع أخِيهَا لأب.

وفي كلِّ هذه الأحْوال، يكونُ الإرْثُ للذَّكَر مثلُ حَظِّ الأُنثيَيْن.

العاصبُ مع غيْره

المَادّة 156 :

العاصبُ مع غيْرِهِ : الأخْتُ الشّقيقةُ، أَوْ لأَبٍ وإنْ تعدّدت عنْدَ وُجُودِ واحدةٍ فأكْثرَ منْ بناتِ الصّلْب، أَوْ بناتِ الابْنِ بشرْطِ عدمِ وجودِ الأخِ المساوي لها في الدّرجة، أَوْ الجدّ.

المَادّة 157 :

لا تكونُ الأخْتُ لأبٍ عاصبةً إلاّ عند عَدَمِ وُجُودِ أُخْتٍ شقيقة.

اَلْفَصْلُ الرَّابِعُ - أَحْوَالُ اَلْجَدِّ

Des droits successoraux du grand-père

الْمَادَّة 158 :

إذا اجْتمَعَ الجدُّ العَاصبُ مَعَ الإخْوَةِ الأَشِقَّاءِ، أَوْ مَعَ الإخْوَةِ لـلأبِ ذكورًا أَوْ إناثاً أَوْ مخْتلطينَ فلَهُ الأَفْضَلُ من ثُلُثِ جَميعِ المالِ أَوْ المقَاسَمَة.

وإذا اجْتمعَ مع الإخْوةِ وذوي الفُرُوضِ فَلَهُ الأَفْضَلُ من :

1. سُدُسِ جميعِ المال،
2. أَوْ ثُلُثِ ما بَقِيَ بعدَ ذوي الفُرُوض،
3. أَوْ مُقَاسَمَةِ الإخوَةِ كذَكَرٍ منهُم.

[illegible]

Les droits [illegible]

الْفَصْلُ الْخَامِسُ - الْحَجْب

De l'éviction en matière successorale (hajb)

الْمَادّة 159 :

الحَجْبُ هو مَنْعُ الوَارِثِ من الميراثِ كلاً أوْ بعْضًا، وهو نوْعان :

1. حَجْبُ نُقْصَان،
2. حَجْبُ إسْقَاط.

◄ الحجْبُ في المواريث هو منْعُ من قام به سببُ الإرْث من الإرْثِ، إمّا كليًّا وإمّا جزْئيا بنقْله منْ نصيبه الأوْفر إلى نصيبه الأدْنى، بسبب وجود وارث آخر، وهو قسْمان : حجْبُ نقْصان وحجْبُ حرْمان (حجْب إسْقاط). وهناك ورثة لا يدخل عليهم حجْب الحرْمان أبدا وهم : الأبوان (الأب والأم) والولدان (الابن والبنت) والزوْجان.

حجبُ النّقْصان

L'éviction par réduction

الْمَادّة 160 :

الورثةُ الذين لهُم فَرضَانِ خَمْسَةٌ، وهم :

الزوْجُ، والزوْجَةُ، والأُمُّ، وبنْتُ الابْن، والأخْتُ لأب.

1.الزّوْجُ يرثُ النّصفَ عنْدَ عدم وجود الفرْع الوارث، والرُّبُعَ عند وجوده،

2.الزّوْجةُ أَوْ الزّوْجاتُ ترثُ الرُّبُعَ عنْد عدم وجود الفرْع الوارث، والثُّمُنَ عند وجوده،

3.الأمُّ ترثُ الثلثَ عنْد عدمِ وجود الفرْع الوارث، أَوْ عدمِ وجود عددٍ من الإخْوةِ أَوْ الأخواتِ مطلْقًا، وترثُ السّدسَ مع وجود مَن ذكر،

4.بنتُ الابْنِ ترثُ النّصْفَ إذا انفردتْ، والسّدسَ إذا كانتْ مع بنْتِ الصّلبِ الواحدةِ، وفي حالةِ تعدّد بناتِ الابْنِ يرثْن السّدسَ بَدَلَ الثلثيْن، وحُكْمُ كلِّ بنْتِ ابْنٍ مع بنْتِ ابْنٍ أعلَى منْها درجةً كَحُكم بنْتِ الابْنِ مع بنْتِ الصّلْب،

5.الأخْتُ لأبٍ ترثُ النّصْفَ إذا انفردتْ، والسّدسَ إذا كانتْ مع الأخْتِ الشّقيقة، وفي حالة تعدّدِ الأخواتِ للأب مع الأخْت الشّقيقة يشْتركْنَ في السّدس.

حجْب الإسْقاط

L'éviction totale de l'héritage

الْمَادّة 161 :

تَحْجُبُ الأمُّ كلَّ جدّةٍ، وتحْجُب الجدّةُ لأمّ الْقريبةُ الجدّةَ لأبٍ البعيدةَ، ويحْجُبُ الأبُ والجدُّ أصْلَهُمَا من الجَدّات.

الْمَادّة 162 :

يحْجُبُ كلٌّ من الأَب، والجَدِّ الصَّحيح وإنْ عَلا، والولَدُ وولدُ الابْنِ وإنْ نزل، أوْلادَ الأخ.

← الابْنُ يحْجُبُ الأخَ الشّقيق = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/01/19 فَصلاً في الطّعن رَقم 325530 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2005، الصّفْحَة 287) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : الأولاد الذكور، أصحاب الفروض، يحجبون العمّ من ميراث أخيه}. والقاعدة الشرعية أن الفرع الوارث الذكر (الابن وابن الابن وإن نزل) يحجُبُ الحواشي جميعاً حجبَ حرمان (والأخُ من الحواشي)، وأن الأخَ الشقيق يحجبُه : الابنُ، وابنُ الابن وإنْ سَفل، والأب.

المَادّة 163 :

يَحْجُبُ كُلٌّ مِن الابْنِ وابْنِ الابْنِ وإنْ نـزل، **بِنْتَ الابْنِ** الـتي تكونُ أنْزَلَ منه درجةً، ويَحْجُبُهُمَا[1] أيضًا بِنْتَانِ أَوْ بِنْتَا ابْنٍ أعلى منْها درجةً ما لم يكنْ معها مَن يُعَصّبُها.

المَادّة 164 :

يَحجُبُ كلٌّ من الأبِ، والابنِ، وابنِ الابنِ وإن نـزلَ، **الأختَ الشقيقةَ**، ويَحجُبُ الأختَ لأبٍ كلٌّ من الأب، والابن، وابن الابن وإن نـزلَ، والأخِ الـشقيقِ والأخـتِ الـشقيقةِ إذا كانت عاصبةً مع غيرها، والأختين الشقيقتين، إذا لم يُوجد أخٌ للأب.

← ذَوُو الأرْحَام (أبْنَاءُ البِنْت) لا يَحْجبُون صاحبَ الفرْض = قرَار المَحكمَـة العُليَـا الـصّادر عَـنْ غُرفَـة الأَحـوَال الشّخْـصيّة بتَـاريخ 2001/04/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 256446 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2003، الصّفْحَة 357) وَقَد جَاءَ فيـه : {المَبْدَأ : إن القضاء بحجب الأخت لأب بسبب الأحفاد المنـزلين منزلة الأمّ في التّركة يُعدّ مخالفة للشرع وتفسيرا خاطئا للقانون، لأن أبناء البنت المنزلين هم من ذوي الأرحام وهم غير حاجبين لأصحاب الفروض طبقا لأحكام المَادّة 168 من قَانُون الأُسْرَة. وبذلك يكون نصيب الأخت لأب هو ثابت في التركة وترثه مع البنات السبعة عصبة}، وجاء في القرار أن مَوْضُوع الطعن ينصب على نصيب الطاعنة في تركة أخيها الذي خلّف سبع بنات وأبناء بنت متوفاة قبل أبيها والأخت لأب الطاعنة.

---

[1] (الصواب : ويحجبها - المؤلف).

المادة 165 :

يَحْجُبُ الأخُ للأبِ أبْنَاءَ الإخوَة الأشقاء أوْ الأب[1].

يَحْجُبُ أبْنَاءُ الإخوةِ الأشقاءِ أبناءَ الإخوةِ لأب،

يَحْجُبُ أبْنَاءُ الإخوةِ الأشقاءِ أوْلادَ الأعمام وبنيهم.

← مثالٌ حولَ الفقرة الثانية = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1997/06/10 فصلاً في الطّعن رَقم 163414 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/1998، الصّفْحَة 115-وفي مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأحْوَال الشّخْصيّة، 2001، الصّفْحَة 336) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {مِنَ المُقَرّر قَانُونًا وشَرْعًا أنه «يحجُب أبناء الإخوة الأشقّاء أبناءَ الإخوة لأب»، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا المَبْدَأ يُعَدّ مُخَالفًا للقانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ الهالكَ لم يترك أولادًا بل ترك زوجةً وإخوةً لأب، وهم المطعون ضدّهم، بينما الفريقُ الطاعن هم عصبة للهالك لأنهم أبناءُ إخوة أشقّاء له، والأقرب له من جهة الأبوّة والأمومة، وبالتالي فإنّ الفريق الطاعن يحجُبُ الفريقَ المطعون ضدّه حجبَ إسقاطٍ، وقضاةُ المجلس لمّا قضوا بإلغاء حكم المحكمة الذي قضى بحجب إسقاطٍ للفريق المطعون ضدهم وقضوا من جديد برفض الدعوى قد خالفوا أحكام الشّريعَة الإسْلاميّة (نقض دون إحالة على أساس أن الحكم الابتدائي قد طبّق قواعد الميراث على الوجه الصحيح)}.

[1] الصواب : لأب، أي الإخوة لأب - المؤلف.

الْفَصْلُ السَّادِسُ - الْعَوْلُ - وَالرَّدُّ - وَالدَّفْعُ

De la réduction proportionnelle des réserves successorales (aoul)

L'accroissement par restitution (radd) et la répartition des réserves aux héritiers cognats (daou el arham)

La réduction proportionnelle des réserves Successorales

الْمَادّة 166 :

الْعَوْلُ هُوَ زِيَادَةُ سِهَامِ أَصْحَابِ الْفُرُوضِ عَلَى أَصْلِ المسْأَلَة.

فإذا زَادَتْ أَنْصِبَةُ الْفُرُوضِ عَلَيْها قُسِّمَتْ التَّرِكَةُ بَيْنَهُم بنِسْبَة أَنْصِبَائِهِم في الإرْث.

الرَّدُّ على ذَوِي الفُرُوض

L'accroissement par restitution aux héritiers réservataires

الْمَادّة 167 :

إذا لَمْ تُسْتَغْرَقْ التَّرِكَةُ ولمْ يُوجَدْ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ رُدَّ البَاقِي على غَيْرِ الزَّوْجَيْنِ من أَصْحَابِ الفُرُوضِ بِنِسْبَةِ فُرُوضِهِم.

ويُرَدُّ بَاقِي التَّرِكَةِ إلى أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ إذا لَمْ يُوجَدْ عَصَبَةٌ من النَّسَبِ أَوْ أَحَدُ أَصْحَابِ الفُرُوضِ النَّسَبِيَّة، أَوْ أَحَدُ ذَوِي الأَرْحَام.

الدّفْعُ إلى ذوِي الأَرْحَام

La répartition des réserves aux héritiers cognats

الْمَادّة 168 :

يَرِثُ ذَوُو الأَرْحَامِ عنْدَ الاسْتِحْقَاقِ على التَّرْتِيبِ الآتِي :

أَوْلادُ البَنَاتِ وإِنْ نزلُوا ، وأَوْلادُ بَنَاتِ الابْنِ وإنْ نزلُوا ، فأَوْلاَهُم بالميرَاثِ أَقْرَبُهُم إلى الميِّتِ درَجَةً ، فانْ اسْتَوَوْا في الدَّرَجة

فَوَلَدُ صَاحِبِ الفَرْضِ أوْلَى مِن وَلَدِ ذَوِي الرَّحِمِ، وإنْ اسْتَوَوْا فِي الدَّرجَة ولمْ يَكُنْ فيهم وَلدُ صاحِبِ فَرْضٍ أَوْ كَانُوا كلّهُم يُدلُونَ بِصَاحبِ فرْضٍ، اشْتَرَكُوا فِي الإرْث.

← ذَوُو الأَرْحَامِ (أَبْنَاءُ البِنْتِ) لا يَحْجِبُونَ صَاحِبَ الفَرْضِ = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/04/18 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 256446 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2003، الصّفْحَة 357) وقَد جاءَ فيه: {المَبْدَأ: إن القضاءَ بحجب الأخت لأبٍ بسببِ الأحفادِ المنزَلين منزلة الأُمّ في التّركةِ يُعدُّ مخالفةً للشرع وتفسيرًا خاطئًا للقانون، لأن أبناءَ البنتِ المنزَلين هم من ذوي الأرحام وهم غير حاجبين لأصحاب الفروض طبقًا لأحكام المَادّة 168 من قَانُون الأُسْرَة. وبذلك يكون نصيب الأخت لأبٍ هو ثابتٌ في التركة وترثه مع البنات السبعة عصبة}، وجاء في القرار أن مَوْضُوع الطعن ينصب على نصيب الطاعنة (أخت لأب) في تركة أخيها الذي خلّفَ سبعَ بناتٍ وثلاثة أبناءِ بنتٍ متوفاة قبل أبيها والأخت لأب الطاعنة (فأبناء البنت هم من ذوي الأرحام وليسوا مثل أبناء الابن، كما أن البنت المتوفاة لو كانت حية فإنها لا تحجب عمّتها الطاعنة).

الْفَصْلُ السّابعُ - التَّنْزيل

De l'héritage par substitution

الْمَادّة 169 :

مَن تُوفيَ وَلَهُ أَحْفَادٌ وَقَدْ مَاتَ مُورِّثُهم قبلَهُ أَوْ مَعَهُ وَجَبَ تَنْزيلُهُم مَنْزلَةَ أَصلِهِم في التَّرِكَة بالشّرَائِطِ التالية.

التّنْزيلُ، ويُعرَفُ بالوصية الواجبة.

← يُقْصَد بالأحْفاد في النصّ : أولاد الابن أو أولاد البنت لا فرق، وهناك من يقول بأن المقصود هم أولاد الابن فقط دون أبناء البنت.

← {الْمَبْدأ : كلمة "أصْلهم" الواردة في الْمَادّة 169 من قانون الأُسْرَة (وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة) تعني الأب أو الأم. وتعني كلمة "أحْفاد" أبناء الابن (الأب) أو أبناء البنت (الأم)} حسبما جاء في قرار المحكمَة العُليَا الصّادر عن غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة والمَوَاريث بتَاريخ 2013/09/12 فصلاً في الطّعن رَقم 0759763 (منشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2014، الصّفْحَة 327)، وقضاة الموضوع في هذه القضية قد رَفَضُوا دعوَى الطّاعن الرامية إلى إلغاء الفريضة المحررة بتاريخ 2005/01/25 المتضمِّنة تنزيل المطعون ضدّهم منزلة والدتهم على أساس قوله أن الْمَادّة 169 من قانُون الأُسْرَة تَقتصر على أولاد الذكر دون أولاد الأنثى، وقد أيدتهم المحكمةُ العليا في ذلك وأيدت رأيها أيضًا بنص الفقرة 1 من الْمَادّة 172 من قانُون الأُسْرَة.

← يَسْري القانونُ حسب تاريخ وَفاة المورّث (ولَيْس وفاة الوارث) = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2013/04/11 فَصلاً في الطّعن رَقم 0739029 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية،

الْعَدَد 1/2013، الصَّفْحَة 273) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : العبرة في التنزيل، بعد صدور قانون الأُسْرَة (القانون رقم 11-84)، بتاريخ وفاة الجدّ أو الجدّة وليس بتاريخ وفاة والد أو والدة المستفيدين من التنزيل}.
وفي قَضِيّة الْحَال كانت وفاة أم المطعون ضدهم قد حدثت قبل صدور قَانُون الأُسْرَة في حين كانت وفاة جدّهم المورث بعد صدور هذا القانون، وتم تحرير الفريضة بإدخال أولاد البنت على أساس التنزيل بقوة القانون، غير أن أحد الورثة طعن فيها مطالبا بإخراج المنزّلين فَرَفَضَ قضاةُ المَوْضُوع دعواه على أساس أن العبرةَ في تطبيق قَانُون الأُسْرَة هي بتاريخ وفاة الجد المورث وليس بتاريخ وفاة ابنته (ويسمى فقها بوقت افتتاح التركة)، وهو ما أيّدته المحكمة العليا.

← الْعِبْرَةُ في تَطْبيق قَانُون الأسْرَة (حكْم التّنْزيل) بتاريخ وفاة الْجَدّ = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/03/17 فَصْلاً في الطّعْن 186769 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ الْعُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصِيّة، 2001، الصَّفْحَة 328) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {متى تبيّن في قضية الحال أن الجدّ توفي عام 1995 والأب توفي عام 1982 فإن القضاة بقضائهم بحق الأحفاد في التّنزيل وبالتالي في تركة الجدّ طبقوا صحيح القانون، فالعبرة هنا بوفاة الجدّ وليس بوفاة الأب}.

← قبلَ صُدُور قَانُون الأُسْرَة كانَ التنزيلُ جوازيًّا ويُوصِي به الجَدُّ = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1993/05/25 فَصلاً في الطّعن رَقم 94685 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/1994، الصّفْحَة 82) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المستقرّ عليه فقها وقضاءً أنّ التّنزيل جائز شَرْعًا وقانونا ولا يجوز مخالفته. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضِيّة الْحَال، أَنّ عقد التنزيل صحيح ولم يُطعن فيه بالتزوير فإنّ حَفَدَةَ المرحوم (ع ب م) المنزّلين منزلة

أبيهم (م) المتوفى قبل الأول، فإنهم يأخذون ما نابَ لأبيهم في المنزلة، ويقتسمونه للذكر مثل حظّ الأنثيين، خلافا لما قضى به قضاة المَوْضُوع في قرارهم المطعون فيه مما يستوجب نقضه}.

❖ التّنزيلُ قبْلَ صدور قانُون الأسْرَة كان اخْتياريًا = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1993/09/28 فَصْلاً في الطّعْن 94719 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 318).

❖ لا يُحْكَمُ بالتّنْزيل الإجْباري لما قبْلَ صدور قانُون الأسْرَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1995/05/02 فَصْلاً في الطّعْن 99186 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 321).

➜ قبْلَ صُدُور قَانُون الأُسْرَة كانَ البَعضُ يَعملُ بالتّنْزيل وفقًا لأحكَام المذْهَب الحنَفِي ودون حاجةٍ إلى الرّسْميّة في الإثبات = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1997/11/25 فَصلاً في الطّعن رَقم 173556 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1997، الصّفْحَة 46) وقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المقرّر شرْعًا أنّ عقد التّنزيل قبل صدور قَانُون الأُسْرَة كان اختياريا ولا يحتاج إلى شكل رسميّ وتُقبل فيه شهادة الأقارب طبقًا للمذهب المالكي. ولما كان ثابتًا أن عقدَ التنزيل وقع قبل صدور قَانُون الأُسْرَة فإنه لا مجال لتطبيق أحكام المَادّة 169 من قَانُون الأُسْرَة بأثر رجعي لأن التنزيلَ كان يخضعُ للوصيّة الواجبة طبقًا للمذهب الحنفي. ومن ثمَّ فإن قضاة المجلس بقضائهم برفض الدّعوى وإلغاء حكم المحكمة القاضي بالمصادقة على الخبرة لأن عقد التنزيل يفتقد إلى الرسمية فإنهم خالفوا القانون وعرّضوا قرارهم للنّقض (بدون إحالة)}.

➜ عقْدُ التّنْزيل لا يَتطلّبُ الرّسْميّة = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ الغُرفَة المَدَنيّة بتَاريخ 1991/10/29 فَصلاً في الطّعن رَقم 80388 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عَددهَا رَقم 1/1993 الصّفحَة 35 وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المستقرّ عليه فقهًا وقضاءً أنه لا يُشْترَط في التّنْزيل أن يتمَّ في عقْدٍ رسْمي، ومن ثمَّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المَبْدَأ يعدّ خطأ في تطبيق القانون. لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بإبطالهم لعقد التنزيل لصالح الورثة بحجة أنه غير رسمي أخطأوا في تطبيق أحكام الشّريعَة الإسْلاميّة التي لا تشترط أي شكل للتنزيل}.

❖ وأيْضًا (عدم اشْتراط الرّسْميّة في التّنْزيل) = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1997/11/25 فَصْلاً في الطّعْن 173556 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصِيّة، 2001، الصّفْحَة 325).

➜ قبْلَ صُدُور قَانُونِ الأُسْرَةِ لمْ يَكُنْ التّنْزيلُ وَاجبًا = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/11/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 273177 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2002، الصّفْحَة 448) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : إن القضاءَ بتوريث الحفيدة على أساس الوصية الواجبة قبل صدور قَانُون الأُسْرَة يعدّ مخالفة للقانون لأن قضية الحال لا ينطبقُ عليها قَانُون الأُسْرَة بل أحكامُ الشّريعَة الإسْلاميّة التي كان القضاء الجزائري يطبّقها، ومن ثمَّ لا يورّث الأحفادُ في تركات أجدادهم إلا إذا أَوصى الجدُّ بأن أولاد ولده يحلّون محلّ أبيهم ويأخذون نصيبه من الميراث}.

➜ التّنْزيلُ أَصبَحَ بقُوّةِ القَانون = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/01/04 فَصلاً في الطّعن رَقم 309029 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2006، الصّفْحَة

443) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : أصبح تنزيل الأحفاد بعد صدور قَانُون الأُسْرَة (09 يونيو 1984) بحكم القانون تلقائيا} ، وأوضَحَ القرارُ أن وفاة الجدّة كانت في 1999/06/16 وكانت وفاة ابنها قبلها في 1995/07/11 أيْ في ظلّ قَانُون الأُسْرَة.

← تنْزيلُ أجْنَبي منْزلَةَ أَحَدِ الْوَرثة غيْرُ جَائز = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1994/03/22 فَصلاً في الطّعن رَقم 95385 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضَائية، العَدَد 1/1995، الصّفْحَة 134) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرّر قَانُونًا وشَرْعًا أنّ التّنزيلُ لا يتمّ إلا بيْن الأصول والفروع ويكون بتنزيل الفرع منزلة الابن المتوفّى قبل الأصل ليأخذ المنزّلون مناب المتوفّى في حدود ما قرّره القانون والشرع، ولا يجوز الحكم بغير ذلك. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ قضاة المجلس اعتبروا عقد التنزيل المحرّر في 1975/11/20 على أنه وصيّة يكونون قد أخطأوا التصوّر والتّكييف، لأن العقد المذكور صرّح بتنزيل المطعون ضدّها منزلة بنت الصّلب رغم ما في ذلك من خرق صارخ لأحكام الشّريعَة الإسْلاميّة والمادة 776 من القانُون المَدَني}.

← تنْزيلُ قريبٍ غيْرِ وارثٍ هوَ بمثابةِ وصيّة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/12/10 فَصلاً في الطّعن رَقم 526179 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضَائية، العَدَد 1/2010، الصّفْحَة 231) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يُعَدُّ تنزيلُ ابن الأخ منزلةَ الابن من الصلب، طبقًا للشّريعَة الإسْلاميّة، وصيةً بمثل نصيب وارث} ، وفي قضية الحال فإن قضاة المَوْضُوع قد ألغوا عقد التنزيل على أساس أنه مخالف لأحكام الشّريعَة الإسْلاميّة غير أن المحكمة العليا نقضت قرارَهم على أساس أن كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشّريعَة الإسْلاميّة عملا

بأحكام المادّة 222 منه، وبالتالي فإن عقد التنزيل في هذه الحالة يُعتبر وصية بمثل نصيب وارث.

المادّة 170 :

أَسْهُمُ الأَحْفَادِ تَكُونُ بِمِقْدَارِ حِصَّةِ أَصْلِهِم لَوْ بَقِيَ حيًّا على أنْ لاَ يَتَجَاوَزَ ذلك ثُلُثُ التَّرِكَةِ.

← لـو تعـدد الأولادُ المتوفَّون قبـل الجـدّ فـإن التنزيـل يبقـى في حدود ثلث التركة بالنسبة للجميع.

← تطبيقـا لأحكـام المـادة 170 مـن قـانون الأسْـرَة = قـرار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/07/21 فَصْلاً في الطَّعْن 201022 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 343).

المادّة 171 :

لا يَسْتَحِقُّ هَـؤُلاءِ الأحْفَادُ التّنْزِيلَ إنْ كَـانُوا وَارِثِين لِلأَصْلِ جَدًّا كَانَ أَوْ جَدّة، أَوْ كَانَ قَدْ أَوْصَى لَهُم، أَوْ أَعْطَاهُم في حَيَاته بِلاَ عِوَضٍ مِقْدَارَ مَا يُسْتَحَقُّ بِهذه الوَصِيّة، فَإِنْ أَوْصَى لَهُم أَوْ لأَحَدِهِمْ بِأَقَلَّ مِنْ ذلك وَجَبَ التّنْزِيلُ بِمِقْدَارِ مَا يَتِمُّ بِه نَصِيبُهُمْ أَوْ نَصِيبُ أَحَدِهِمْ من التّرِكَة.

← إذا اسْتَحَقَّ الحَفِيدُ عنْ طَرِيقِ التّنْزِيلِ فلاَ وَصِيّةَ لَهُ = قـرار المَحكَمَـة العُليَـا الـصّادر عَـنْ غُرفَـة الأَحـوَال الشّخْـصيّة بتَـاريخ 2005/12/14 فَـصلاً في الطّعـن رَقـم 335503 (مَنـشُور بالمَجلّـة القَضَائية، العَدَد 1/2005، الصّفْحَة 387) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا يحق للحفيد، المستحق جزءًا من تركة الجدّة بواسطة التنزيل، أخذ جزء من مخلّفاتها بواسطة الوصية}.

المَادّة 172 :

أنْ لاَ يَكُونَ الأَحْفَادُ قَدْ وَرِثُوا من أَبيهِم أَوْ أُمِّهِمْ مَا لا يَقِلُّ عنْ مَنَابِ مُوَرِّثهم من أَبيهِ أَوْ أُمِّه.

ويكُونُ هذا التّنزيلُ للذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأنْثيَيْن.

← قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2007/11/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 403828 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2011، الصّفْحَة 241) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : حقُّ الأحفاد، المنزَلين منزلة أبيهم، مشروطٌ بألاّ يكونوا قد ورثوا من أبيهم ما لا يقلُّ عن مناب مورثهم من أبيه}، وفي قضية الحال فإن الطاعنَ دفع بأن الأحفادَ ورثوا من أبيهم عقارات بتونس وبفرنسا أكثرُ قيمةً من العقار موضوع النزاع (تركة الجد) وأنهم لا ينكرون ذلك، والمحكمة العليا نقضت القرار حتى يقوم قضاة الموضوع من التأكد من ذلك والردّ عليه مراعاة لأحكام المادة 172 من قانون الأسْرَة قبل قسمة التركة.

الْفَصْلُ الثّامِنُ - الْحَمْل

L'enfant conçu

الْمَادّة 173 :

يُوقَفُ مِن التّرِكَةِ للْحَمْلِ الأَكْثَرُ منْ حَظّ ابْنٍ وَاحِدٍ أَوْ بنْتٍ وَاحِدَةٍ إذا كانَ الْحَمْلُ يُشَارِكُ الوَرَثَةَ أَوْ يَحْجُبُهُم حَجْبَ نُقصَان، فإنْ كَان يَحْجُبُهُم حَجْبَ حِرْمَانٍ يُوقَفُ الْكُلُّ ولا تُقْسَمُ التّركَةُ إلى أنْ تَضَعَ الحَامِلُ حَمْلَهَا.

الْمَادّة 174 :

إذا ادّعَتِ المرْأةُ الْحَمْلَ وكَذّبهَا الورَثَةُ تُعْرَضُ على أهْلِ المعْرفَةِ مَع مُراعاةِ أحْكَام الْمَادّة 43 من هذا القَانون.



الْفَصْلُ التَّاسِعُ - المسَائِلُ الْخَاصَّة

Des questions particulières

المسائلُ الخَاصّة وتسمَّى بالملقّبَاتِ من مسائل الميراث لأنها اشتهرتْ بألقابٍ خاصّة، ومنْها غيْر ما ذكر أدناه مسائلُ أخرَى معروفة في كتب الفرائض مثل : الخرقاء والمروانية والحمزية والدينارية والمأمونية ...

مَسْأَلَةُ الأَكْدَرِيَّة

الْمَادّة 175 :

لا يُفْرَضُ للأُخْتِ معَ الْجَدِّ في مَسْأَلَةٍ إلاّ في **الأكْدَرية** وهي : زَوْجٌ، وأُمٌّ، وأُخْتٌ شَقيقَةٌ أَوْ لأَبٍ، وجَدٌّ، فيَضُمُّ الجدُّ مَا حُسِبَ له إلى مَا حُسِبَ لها ويَقسِمَانِ للذّكرِ مثلُ حظِّ الأنثيين، أَصْلُهَا منْ سِتّة، وتَعُولُ إلى تِسْعَة، وتَصِحُّ منْ سَبْعَةٍ وعشْرين، للزّوْجِ تسْعَةٌ وللأُمّ ستّةٌ، وللأخْتِ أرْبَعَةٌ، وللجَدِّ ثَمَّانية.

❖ والنّصّ مطابقٌ لنصّ الْمَادّة 361 منْ مُدَوَّنَة الأُسْرَة المغربية.

مسْألة المشْتركة

الْمَادّة 176 :

يَأْخُذُ الذَّكَرُ من الإخْوَةِ كَالأنثى في **المشْتَرَكَةِ** وهي، زَوْجٌ وأُمٌّ أَوْ جَدَّةٌ وإخْوَةٌ لأُمٍّ، وإخْوَةٌ أَشقّاء، فيشْتركان في الثُلث، الإخْوَةُ للأُمّ والإخْوَةُ الأَشِقّاءُ الذّكورُ والإناثُ في ذلكَ سَوَاءٌ على عَدَدِ رُؤُوسِهِم لأنّ جميعَهُم منْ أمٍّ واحِدَة.

- وتسمّى أيضًا بالْحِمارية أو الْحَجَرية أو اليمّيّة، وذلك لأنّ الإخوة الأشقّاء يقولون لمن يرى حرمانهم من الميراث: (هَبْ أنّ أبانا كانَ حِمارًا أوْ حَجَرًا فِي اليمِّ ألَمْ تَكُنْ أُمُّنَا وَاحِدَةً).

❖ والنصُّ مطابقٌ لنصّ الْمَادّة 365 من مُدوَّنة الأُسْرَة المغربية.

مَسْأَلَةُ الغَرَّاوَيْن

الْمَادّة 177 :
إذا اجْتَمَعَتْ زَوْجَةٌ، وأبَوانِ، فلِلزّوْجَةِ الرُّبُعُ وللأُمِّ ثُلُثُ مَا بَقِيَ وهو الرُّبُعُ وللأَبِ مَا بَقِيَ، فإذَا اجْتَمَعَ زَوْجٌ وأبَوانِ فللزّوْجِ النِّصْفُ وللأُمِّ ثُلُثُ مَا بَقِيَ وهوَ السُّدُسُ وَمَا بَقِيَ للأَب.

- وتسمّى بـالْغَرَّاوانِ، أَوِ الْغَرِيمتَانِ، أَوِ الْغَرِيبتَانِ، أَوِ الْعُمَرِيَّتَانِ، وجاء فِي المَوْسوعة الفقهية الكويْتية: (وَتُسَمَّى الْمَسْأَلَةُ الْمَذْكُورَةُ بِالْغَرَّاوَيْنِ؛ لِشُهْرَتِهَا كَالْكَوْكَبِ الأَغَرِّ الْمُضِيءِ، وَبِالْغَرِيمَتَيْنِ لأَنَّ كُلاً مِنَ الزَّوْجَيْنِ كَالْغَرِيمِ صَاحِبِ الدَّيْنِ، وَالأَبَوانِ كَالْوَرَثَةِ يَأْخُذَانِ مَا فَضَلَ بَعْدَ فَرْضِ كُلٍّ مِنْهُمَا، وَبِالْغَرِيبَتَيْنِ لِغَرَابَتِهِمَا بَيْنَ مَسَائِلِ الْفَرَائِضِ، وَبِالْعُمَرِيَّتَيْنِ؛ لأَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَوَّلُ مَنْ قَضَى فِيهِمَا لِلأُمِّ بِثُلُثِ الْبَاقِي، وَوَافَقَهُ جُمْهُورُ الصَّحَابَةِ وَمَنْ بَعْدَهُمْ).

❖ والنّصُّ مُطابق لنصّ الْمَادّة 366 منْ مُدوَّنَة الأُسْرَة المغربية.

مَسْأَلَةُ المباهَلَة

الْمَادّة 178 :
إذا اجْتَمَعَ زَوْجٌ، وَأُمٌّ، وَأُخْتٌ شَقيقَةٌ أَوْ لأَبٍ كَانَ للزّوْجِ النّصفُ، وللأُخْتِ النِّصفُ وللأُمِّ الثلُثُ، أَصْلُهَا منْ ستَّةٍ وتَعُولُ إلى ثمانيةٍ، للزّوْج ثلاثةٌ، وللأُخْتِ ثلاثةٌ وللأُمِّ اثنَان.



❖ والنصُّ مُطابق لنصّ الْمَادّة 367 منْ مُدَوَّنة الأُسْرَة المغربية.

مسألة المنبريّة

الْمَادّة 179 :

إذا اجْتَمَعَت زَوْجَةٌ وبنْتَانِ وَأبَوَانِ صَحَّتْ فَرِيضَتُهُمْ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ وتَعُولُ إلى سَبْعَةٍ وعِشْرِين، لِلْبِنْتَيْن الثلُثَان-ستّةَ عَشَرَ- وللأبَوَيْن الثلُثُ-ثمَانيةٌ، وللزّوْجَةِ الثمنُ-ثلاثةٌ، ويَصيرُ ثُمُنُها تُسُعًا.

❖ والنصّ مطابقٌ لنص الْمَادّة 368 من مُدَوَّنَة الأُسْرَة المغربية.

الفَصْلُ العَاشِرُ - قِسْمَةُ التَّرِكَات

De la liquidation des successions

المَادّة 180 :

يُؤْخَذُ منَ التَّرِكَةِ حَسَبَ التَّرْتيبِ الآتِي :

1.مَصَاريفُ التَّجْهِيز، والدَّفْنِ بالقَدْر المشْرُوع،

2.الدُّيُونُ الثابتَةُ في ذِمَّةِ المتَوَفَّى،

3.الوَصِيَّةُ.

فإذا لم يُوجَدْ ذَوُو فُرُوضٍ أَوْ عَصَبَةٍ آلَتْ التّرِكَةُ إلى ذوِي الأرْحَام، فانْ لمْ يُوجَدُوا، آلَتْ إلى الخَزِينَةِ العَامّة.

◄ يُعبّر عنْ هذا التّرتيب بحروفٍ أرْبعةٍ هي : ت (تجْهيز) د (ديون) و(وصيّة) م (ميراث)، وتجمعها كلمة {تدوم}.

➔ ويُبْدأُ في تقْسيم التّركة بأصْحابِ الفُرُوض.

◄ أَحْوَالُ الأَب :

- أنْ يرثَ السّدسَ بالفرْضِ فقطْ، وذلك مع الفرْعِ الوارثِ المذكّر.

- أنْ يرثَ بالتّعْصيبِ فقطْ، وذلك عنْد عدم الفرْعِ الوارثِ مطْلقًا.

- أنْ يرثَ بالفرْضِ والتّعْصيبِ، وذلك مع الفرْعِ الوارثِ المؤنّث.

وذلك لقوْله تعالى : (وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ، فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ، مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ). (سورة النساء 11).

◄ حَالاتُ ميرَاثِ الأُمّ :

1- ترثُ **الثلُثَ** بثلاثةِ شُروطٍ : عَدَمُ الفَرْعِ الوَارث، عَدَمُ وُجودِ الجَمْعِ من الإخْوَةِ والأَخَوَات، ألاَّ تَكُونَ المسْألةُ إحْدَى العُمَرِيتَيْن.

2-ترثُ **السُّدسَ** : إذا كان للميِّت فرْعٌ وارثٌ، أوْ كانَ لهُ جَمْعٌ من الإخْوَةِ أو الأخَوَات.

3-ترثُ **ثلُثَ البَاقِي** في العُمَرِيتين، وتسمّى الغرّاوَيْن، وهُما :

أ-زوجةٌ وأمٌّ وأبٌ : المسْألةُ منْ أرْبعةٍ : للزّوْجةِ الرّبعُ واحدٌ، وللأمّ ثلثُ البَاقي واحدٌ، والبَاقي اثنانِ للأَب.

ب-زوجٌ وأمٌّ وأبٌ : المسْألةُ منْ ستّةٍ : للزّوْجِ النّصْفُ ثلاثةٌ، وللأمّ ثُلثُ البَاقِي واحدٌ، والبَاقِي اثنانِ للأب.

❖ وقدْ أُعْطيتِ الأمُّ ثلثَ البَاقِي ؛ حتّى لا تزيدَ على نصيبِ الأَبِ وهما في درجةٍ واحدةٍ من الميِّت، وبذلك يكونُ للذّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين.

وذلك لقوْله تعالى : (وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ، فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ، مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ). النساء / 11.

◄ حالاتُ ميراثِ الجَدِّ -(والجدُّ الوارثُ (الصّحيحُ) هو مَنْ ليْسَ بَيْنَهُ وبيْن الميّتِ أنْثى، وهو لا يرثُ مطْلَقًا مع وجود الأب، وميراثُ الجدِّ كميراث الأبِ إلاّ في العُمَريتين) :

1- يرثُ السّدسَ فرْضاً بشرْطين : عدمُ وُجُودِ الأب، ووجودُ الفرْعِ الوارث الذّكر.

2- يرثُ **بالتّعْصيبِ** إذا لمْ يكنْ للميّت فرْعٌ وارثٌ، وعدمُ وجود الأب.

3- يرثُ الجدُّ بالفَرْضِ والتّعْصيبِ معاً مع وُجُودِ الفَرْعِ الوَارِثِ من الإناثِ وعدمِ وجودِ الأب.



◄ أحوالُ الجدةِ (والجدةُ الوارثةُ هي : أمُّ الأمِّ وإنْ علتْ، كأمِّ أمِّ الأمِّ وأمهاتِها المدلياتِ بإناثٍ خُلص، والجدةُ أمُّ الأبِ وإنْ علتْ كأمِّ أمِّ الأبِ وأمهاتِها المدلياتِ بإناثٍ خُلص، مع وجود تفاصيل واختلافاتٍ فرعية، وهيَ لا ترثُ أصلاً مع وُجودِ الأمِّ) :

- ميراثُ الجدةِ الصحيحةِ (أو الجداتِ) السُّدُسُ في كلِّ الأحوالِ بشرطِ عدم الأم.

وميراثُ الْجدّةِ لأمٍّ لَمْ يَرِدْ فِي الْقُرآنِ الْكَرِيمِ ولكن ثبتَ أنَّ النَّبيَّ صلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ورَّثَها، وثبتَ توريثُ الْجدَّةِ لأَبٍ باجْتِهادِ عُمَرَ رضي الله عنه.

◄ أَحْوالُ الزَّوْج :

- أنْ يرثَ النّصْفَ، وذلكَ عنْد عدم الفرْع الوارث.

- أَنْ يَرثَ الرُّبُعَ، وذلكَ مع الفرْع الوارث، سواءٌ كان منْه أوْ منْ غيْره.

وذلكَ لقوله تعَالى : (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ). (سورة النساء 12).

◄ أَحْوَالُ الزّوْجَةِ أَو الزَّوْجَات :

- أنْ ترِثَ أوْ تَرِثْنَ الرُّبُعَ عندَ عَدَمِ الفرْع الوارث.

- أنْ ترِثَ أوْ تَرِثْنَ الثُّمُنَ مع الفَرْعِ الوارثِ (منْها أوْ منْ غيرها).

وذلك لقوله تعَالى : (وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ، فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ). (سورة النساء 12).

◀ أَحْوَالُ الابْن :

-إنْ لمْ يكُنْ هناكَ ورثةٌ آخرونَ فللابْنِ الواحدِ التّركةَ كلُّها، والاثنيْن يتَقَاسَمَانِها مناصفةً، وإذا تعدّدُوا أكْثرَ منْ ذلكَ فإنّهمْ يقْتسمُونَها بالتّسَاوِي.

فإنْ كانَ مع الابْنِ أو الأبْناءِ بنْتٌ أوْ بناتٌ فإنَّ التّركةَ تقسّمُ بيْنَهم جميعًا للذّكرِ مثلُ حظّ الأنثييْن.

ولا يرثُ مع الابْنِ إلاّ أُخْتُه أو الحَيُّ من أَبَوَيْهِ أوْ زَوْجُ الهالك، فإنْ كانَ معهُ أحدٌ ممّنْ ذُكِرَ غيرَ الأخْتِ فإنّهُ يأْخُذُ بَاقِي التّركةَ تعْصيبًا بعد أصْحابِ الفُرُوض.

◀ أَحْوَالُ بَنَاتِ الصُّلْب :

- النِّصْفُ للواحدَةِ إذا انفرَدَتْ.

- الثلثان للاثنتين فصاعدًا.

-ترثْنَ بتَعْصيبِ أَخِيهِنَّ لَهُنّ، للذّكَرِ مثلُ حظّ الأنثيين.

بناءً على قوله تعالى : (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ، وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ). النساء / 11.

◀ أَحْوَالُ بنْتِ الابْنِ : بنَاتُ الابْنِ كبَنَاتِ الصُّلْبِ (وتَسْقُطْنَ بابْنِ الصّلْب) ولَهُنّ أَرْبَعُ حَالاتٍ :

1) للْواحدةِ إذا انْفرَدَتْ ولَيْسَ معَهَا عَاصبٌ **النّصْف**.

2) للاثنتين فصاعدًا عنْدَ عدم بناتِ الصّلْبِ وعدمِ العاصِبِ **الثلثان**.

3) ولَهَا أوْ لَهُنّ **السُّدُسُ** مع الواحدةِ منْ بناتِ الصّلْبِ تكْملةً للثلثين.



4) لا يرثنَ مع اثنتينِ منْ بناتِ الصُّلْبِ فصاعدًا إلاّ أنْ يكونَ معهنَّ ابنُ ابنٍ ذكرٍ مساوٍ لهنّ، أوْ أسْفلَ منْهنّ (الأخ المبارك)، فيعصبُهُنّ، ويكونُ لهم الباقي بعد نصيبِ بناتِ الصُّلْبِ يُقسَمُ بيْنهم للذَّكرِ مثلُ حظِّ الأنثيينْ.

◄ أحْوالُ الأخِ الشَّقيقِ والأخِ لأبٍ :

الأخُ الشّقيقُ أوْ لأبٍ عصبةٌ بنفْسِهِ، يَحُوزُ جميعَ المالِ عنْدَ انفرادِهِ أو الباقي بعدَ نصيبِ أصْحابِ الفُرُوض، ويسْقُطُ إذا استغْرَقتِ الفُرُوضُ التَّركةَ، ويقَعُ التفاضُلُ والتّقْديمُ بين العَصبَةِ بما يلي :

1 -الْجِهَة : فتُقدمُ جِهةُ البُنُوَّة عن الأبُوَّة، والأبُوَّةُ عن الأُخُوَّة، والأخُوَّةُ عن العُمُومَة.

2 - الدَّرَجَة : وتَكونُ بالقُربِ والبُعدِ من المتوَفَّى، فإنْ اتّحدَتْ جهةُ العَصبَةِ وتَفَاوَتَت دَرَجَاتُهم قُدِّمَ الأقْرَبُ، فالابْنُ يَقدَّمُ على ابْنِ الابْنِ، والأبُ يقدَّمُ على الجدِّ، والأخُ على ابْنِ الأخ، والعَمُّ على ابْنِ العَمّ.

3 -الْقُوَّة : وتكونُ بقوّةِ القرابَةِ من المتوَفَّى، فإنْ اتّحَدَتْ جهةُ العَصبَةِ وتَساوَتْ دَرَجَتُهُم قُدِّمَ الأَقْوَى قرابةً، فالأخُ الشّقيقُ يُقدَّمُ على الأخِ لأبٍ، وابْنُ الأخِ الشّقيقِ يُقدَّمُ على ابْنِ الأخِ لأبٍ، والعَمُّ الشّقيقُ يُقدَّمُ على العمِّ لأبٍ، وابنُ العمّ الشّقيقِ يُقدّم على ابْنِ العمِّ لأب.

◄ أحْوالُ الأخْتِ الشّقيقَة (وتَسْقُطُ بالأبِ وبالفَرْعِ الوارثِ الذَّكر) :

1) النِّصْفُ للواحدةِ إذا انفردتْ.

2) الثلثان للاثنتين فصاعداً.

3) التعْصيبُ بالأخِ الشقيقِ وبالجدّ، للذَّكر مثلُ حظِّ الأنثيين.

4) أنْ تَصِرْنَ عصبةً معَ البناتِ أو بناتِ الابْنِ فيكونُ لَهُنَّ الباقي.

وذلك لقوله تعالى : (يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ، وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ، فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ، يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ). (سورة النساء 176)، ولِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : {اجْعَلُوا الأَخَوَاتِ مَعَ الْبَنَاتِ عَصَبَةً}.

◄ أحْوَالُ الأُخْتِ لأَبٍ :

1) إذا انفرَدَتْ فلهَا **النّصْف**.

2) للاثنتيْن فصاعدًا **الثلثان** عنْدَ عدم الأخْتِ الشّقيقة.

3) **السّدُسُ** مع الأخْتِ الواحدةِ الشّقيقة.

4) الإرْثُ بالتعْصيبِ مع الشّقيقتيْن.

5) إنْ كانَ معهُنّ أخٌ لأبٍ فيكونُ الباقي بيْنهم للذّكر مثلُ حظّ الأنثييْن.

6) التعْصيبُ مع بناتِ الصّلْبِ أوْ مع بناتِ الابْن.

◄ أحْوَالُ الإخوَةِ لأُمّ (الإخوَةُ لأمٍّ يرثونَ بالفَرْضِ فقطْ وبالسَّوِيَّة، لا يَفْضُلُ ذَكَرُهُم على أُنثاهُم، وذَكَرُهُم لا يَعْصبُ أُنْثاهُم) :

- ألاّ يَرثوا في حالِ وُجودِ الفَرْعِ الوارث، أو الأصْلِ الوارثِ من الذّكُور.

- أنْ يَرِثَ الوَاحدُ منهُم (ذكرًا كانَ أو أنثى) في حالة انفراده **السُّدُسَ** بشرْطِ عدمِ الفرْعِ الوارث، وعدمِ الأصْلِ الوارث من الذّكور.

- أنْ يَرثوا **الثلُثَ** بشرْطِ أنْ يكونوا اثنين فصاعداً، وعدمِ الفرْعِ الوارث، وعدمِ الأصْلِ الوارث من الذّكور.

وذلك بناءً على قوله جلّ وعلا : (وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ، فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ، مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ، وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ). النساء / 12.

← الشّهادةُ التّوثيقيّةُ ليْستْ شرْطًا لِرفْعِ الدّعْوَى = قرار المحكمة العُلْيا الصّادر عنْ الغرفة العقارية بتاريخ 2007/01/17 فَصلاً في الطّعن رقم 391380 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، عَدَد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية / الجزء 3، الصّفْحَة 193) وَقد جاءَ فيه : {الْمَبْدأ : تنتقلُ الحقوقُ الميراثيةُ إلى الورثة بمجرد الوفاة. لا تشَكلُ الشهادةُ التوثيقيةُ قيدًا على ممارسة الدعوَى أمام القضاء}. وجاء في القرار :

«وحيث بالرّجوع إلى القرار المطْعون فيه فإنّ قضاة المجلس في تصديهم لدعوى القسمة بين الورثة، أشاروا في تسبيب قرارهم إلى أنّ انتقال الملكيّة بفعل أو بسبب الوفاة لا يتمّ إلاّ بعد تحرير الشّهادة التّوثيقية طبقا لنصّ الْمَادّة 91 من المرسوم 63/76 المتضمّن تأْسيس السّجّل العقاري، وأنّه بإغفال هذا الإجراء تُعتبر ملكية العقار محلّ النزاع لمْ تنتقلْ إليهم، ولا يمْكن اعتبارهم مالكين على الشّيوع.

- وحيث مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا أنّ نقْل الْمِلْكية عن طريق الوفاة يسْري من وفاة أصْحاب الْحقوق العيْنيّة وهذا طبقا للمادة 2/15 من الأمر 74/75 المتضمّن إعْداد السّجّل العقاري ومسْح الأراضي، فضْلا عنْ كوْن الْمَادّة 127 من قانون الأُسْرَة نصّت على أنّه يُسْتحقّ الإرثُ بموْت المورّث حقيقة أو حكْما.

- وحيث أنّ المادتين المذكورتين لا تشترطان الإعداد السّابق للشّهادة التّوثيقية لممارسة دعوى قسْمة التّركة.

-وحيث أن قضاةَ المَوْضُوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد خالفوا القانون، لاسيما الْمَادّة (2/15) المذكورة أعلاه، مما يجعل قرارهم مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون ويُعَرّضُه ذلك للنّقض والإبطال».

➜ الْحُقُـوقُ الميرَاثيـةُ تَنْتَقـلُ إلى الْوَرَثَـة بمُجَـرَّدِ الْوَفَـاة = قـرَار المَحكَمَـة العُليَـا الـصَّادر عَـنْ الغرفـة العقاريـة بتـاريخ 2007/03/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 394379 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، عَدَد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية / الجـزء 3، الـصّفْحَة 194) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : تنتقل الحقوق الميراثية إلى الورثة بمجـرد الوفـاة. لا تـشكل الـشهادة التوثيقيـة قيـدا علـى ممارسـة الـدعوى أمـام القضـاء}. وجاء في حيثيات القرار :

«عن الفرع الثاني من الوجه الأول : الذي يعاب فيه على القرار المطعون فيـه مخالفـة الْمَادّة 91 مـن المرسـوم 63/76 المتضمن إعداد الـدفتر العقـاري، كونـه أسـس قـضاءَه بانعدام صفة التقاضي على الْمَادّة المـذكورة الـتي تـستوجب إعداد شـهادة نقـل الملكيـة مـع أن صفة التقاضي يكفي لإثباتها الفريضة الشرعية.

حيث بالفعل فإنه يتضح من قراءة القرار المطعون فيه أن قضاة المَوْضُوع ولتبرير قضائهم بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة، ذكروا في حيثياتهم أنّ ملفّ الدّعوى جاء خلوًا مما يُفيد أنّ ملكيّة القطع الأرضية انتقلت للطاعن، وأن الْمَادّة 91 من المرسوم 63/76 المتضمن إعـداد الـدفتر العقـاري تؤكـد أن انتقـال الملكيـة يكـون بموجـب شهادة توثيقية.

وحيث أن الْمَادّة 15 من الأمـر 75/74 المتضمن مسح الأراضي وإعداد السجل العقاري تنص على أن : "كل حقّ للملكية وكلّ حقّ عيني آخر يتعلّق بعقار لا وجود لـه بالنسبة للغير إلا مـن تـاريخ يـوم



إشهارها في مجموعة البطاقة العقارية. غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".
مما مؤداه أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة من يوم وفاة المورث وليس من تاريخ القيد.

وحيث أنه لما كان ذلك، فان الْمَادّة 91 من المرسوم المذكور لما تطرّقت إلى الشّهادة التوثيقية فقد تطرّقت لها باعتبارها الأداة التي بمقتضاها يتمّ شهر الحقوق الميراثية لا غير.

وحيث يخلص مما سلف، أن قضاة الْمَوْضُوع لما اشترطوا الشهادة التوثيقية لقبول الدعوى، مع أن صفة الوارث تكون قائمة بمجرد الموت، ويمكن إثباتها بكل الوسائل القانونية، يكونون قد أساؤوا تطبيق القانون وعرّضوا قرارهم للنقض».

← الشّهَادَةُ التّوْثيقية ليْسَتْ شَرْطًا لِرَفْع الدَّعْوَى (1) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغرفة العقارية بتَاريخ 2008/12/17 فَصلاً في الطّعن رَقم 477874 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2008، الصَّفْحَة 265) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا تعتبر الشهادة التوثيقية شرطًا لرفع الدعوى وإثبات الصّفة مادامت التركة تنتقل من المورّث إلى الورثة بمجرّد الوفاة}، اعتمادا على نص الْمَادّة 15 من الأمر 75-74 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السّجلّ العقاري، بينما أحكام الْمَادّة 91 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بالسجل العقاري التي أثارها الطاعن فهي تتعلق بانتقال التركة بين الورثة ولا تعتبر شرطا لرفع الدعوى وإثبات الصفة، حسبما جاء في حيثيات قرار المحكمة العليا.

← الشّهَادَةُ التّوْثيقيّةُ ليْسَت شَرْطًا لرَفْع الدّعْوَى (2) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغرفة العقارية بتَاريخ 2011/02/17

فصلاً في الطعن رقم 572702 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 1/2011، الصفحة 92) وقد جاء فيه : {المبدأ : الحقوق الميراثية تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة. لا تشكّل الشهادة التوثيقية قيدا على ممارسة الدعوى أمام القضاء}.

← الحُكمُ قبلَ الفصلِ في المَوْضُوع بتعْيين خبير لحصر التّركة لا يحُوزُ قوّة الشيْءِ المقضِي = قرار المحكمة العُليا الصّادر عنْ غُرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 1984/12/13 فصلاً في الطّعن رقم 35351 (منشُور بالمجلّة القضائية، العَدد 4/1989، الصّفحة 95) وقد جاءَ فيه : {المبْدأ : مِنَ المُقرّر قانُونًا أنّ الأحْكام التي حازت قوّة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من حقوق، ولا يجوز قبول أيّ دليل ينْقض هذه القرينة، ومن ثمّ فإنّ الفصل في الدعوى بموجب حكم يقضي بتعيين خبير يُعدّ حكما تحضيريا، ولمّا كان كذلك فإن النّعْي على القرار المطعون فيه بمخالفة هذا المبْدأ غير مؤسس ويستوجب الرفض.

إذا كانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ الحكْم الصّادر في الدعوى كان قد قضى بتعيين موثّق كخبير للقيام بإجراء حصر مخلّف الهالك وإعداد فريضة وتحرير مشروع قسمة، فإن هذا الحكم يعتبر حكما تحضيريا وهو بذلك لا يحوز حجية الشيء المقضي به خلافا لمزاعم الطاعن، ومتى التزم قضاة المَوْضُوع بتطبيق هذا المبْدأ فإنهم بقضائهم هذا برّروا قرارهم تبريرا كافيا}.

← عدمُ السّندِ الرّسْمِي للعقَارِ لا يحولُ دونَ قِسْمَته = قرَار المحكمَة العُليا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2010/09/16 فصلاً في الطّعن رقم 561209 (منشُور بالمجلّة القضائية، العدد 2/2010، الصّفحة 259) وقد جاءَ فيه : {المبْدأ : عدم توفر العقار المشاع، محلّ التّركة، على سند رسْميّ، لا يحول

دون قسمته بين الورثة} ، وفي قضية الحال فإن قضاة المَوْضُوع رفضوا دعوى القسمة بين الورثة على أساس أنّ العقار محلّ التّركة ليس له سند رسْمي دون أنْ تكون مسألة الملكيّة محلّ جدل أوْ نقاش بين الأطْراف فتمّ نقض قرارهم.

➜ قِسْمَةُ عقَارٍ مملُوكٍ للمورِّثِ بعَقْدٍ عرْفِيٍّ = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/05/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 490334 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2009، الصّفْحَة 296) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : لا يُشْترط قبل صدور القانُون المَدَني سند المُلكية الرّسْمي في قسمة العقار محلّ التّركة} ، وفي قضية الحال كان العقار مملوكا بموجب عقد بيع عرفي مؤرخ في 1969/06/26.

➜ التّسْييرُ الحُرُّ لمحَطَّة بَنْزينٍ لاَ يَنْتَقِلُ إلى الوَرَثَة = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/02/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 251091 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2002، الصّفْحَة 413) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : إنّ القضاء بإخْراج محطّة البنْزين من التّركة قبل إجراء مشْروع القسْمة لكوْن حقّ تسْيير المحطّة ينْتهي بموْت المورّث طبقا لما اشْتُرط في العقْد ولا ينتقل إلى الورثة تلقائيا باعْتبار سلْطة تسيير المحطّة تعود إلى المؤسّسة المعترضة المالكة لمحطّة نفطال، يُعدّ تطبيقا سليما للقانون}.

➜ أرَاضِي العَرْش لا تخْضَعُ لأحْكَامِ الميرَاث = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2013/06/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 0753558 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/2013، الصّفْحَة 277) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : لا يجوز التّصرّف في أراضي العرْش باعتبارها ملْكا للدّوْلة ولا تخْضع لأحْكام الميراث} ، وجاء في حيثيات القرار :

" لكن حيث أنه مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا، طبْقًا لأحكام الْمَادّة 85 من القانون رقم 25-90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوْجيه العقاري، بعْد تعديلها بالمادة 13 من الأمر رقم 95-26 المؤرخ في 1995/09/25، أنّ أراضي العرْش والبلديات المدْمجة ضمْن الصنْدوق الوطني للثوْرة الزّراعية بمقْتضى الأمْر رقم 71-73 المؤرّخ في 1971/11/08 وفقا للمادة 18 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، تبقى ملْكا للدّوْلة.

- وحيث أنّ الْمَادّة 689 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، تقضي بأنه: "لا يجوز التصرّف في أمْوال الدّولة، أوْ حجْزها أو تملّكها بالتقادم"، وبالتالي فإنّ الأراضي المذْكورة لا تخْضع لأحْكام الميراث، ولا لأيّ تصرّف آخر، سواء من حيْث الملكيّة أوْ من حيْث الحيازة أو الاسْتغْلال، ومن ثمَّ فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكْم المستأنف القاضي برفض دعوى الطّاعن الرّامية إلى طلب تمْكينه من استغلالها عن طريق الإرْث، استنادا إلى أنها تدْخل في إطار أراضي العرْش التي تعود ملكيتها للدّوْلة، ولا تجوز قسْمتُها قانونا، يكونون قد طبّقوا القانون تطبيقًا سليمًا".

الْمَادّة 181 :
يُرَاعَى فِي قِسْمَةِ التّرِكَاتِ أَحْكَامُ المادّتيْنِ (109 و173) منْ هَذا القَانون ومَا وَرَدَ فِي القَانونِ المدَنيّ فيمَا يتعَلّقُ بالمِلْكِيَّةِ الشّائعَة. وفي حالةِ وُجُودِ قاصِرٍ بيْنَ الوَرَثَة يَجبُ أنْ تَكُونَ القِسْمَةُ عَنْ طَريقِ القَضَاء.

❖ الْمَادّة 109 تتعلّقُ بأحْكام المفْقود، والمادّة 173 تتعلّق بأحْكام الحمْل.



➜ بيْعُ المِلْكيّةِ الشّائِعَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1987/12/07 فَصلاً في الطّعن رَقم 46589 (مَنشُور بالمَجلّة القضَائية، العَدَد 4/1990، الصّفْحَة 54) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقَرّر قَانُونًا أنّ الحكْم ببيْع الملكية الشّائعة بالمزاد العلني في الوقت الذي يمْكن بيعه (العقار) بتقسيمه على مالكيه وفي الوقت الذي يطالب فيه أغلبهم بقسمته، يُعدّ إضرارا بهم وحرْمانهم منه دون موجب، ومنْ ثمَّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا المَبْدَأ يُعَدّ خرقًا للقانون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أَنّ الطاعنيْن أبْديَا رغبتهما في تقسيم العقارين اللّذين ورثاهما مع المطعون ضدها، وأن الخبير الذي عيّنته المحكمة جعل للتقييم عدّة حلول وذلك بإجراء عملية تعويض بين الإخوة، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف ومن جديد الأمر ببيع الملكية الشائعة المتنازع عليها بالمزاد العلني خرقوا القانون}.

➜ وُجُوبُ إجْرَاءِ القِسْمَةِ بالاقْترَاعِ وفَرْزِ الأَنْصِبَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1998/04/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 188189 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2000، الصّفْحَة 176) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقَرّر قَانُونًا أن «قسمة التركة تتمّ وفقا للقانون المدني فيما يتعلّق بالملكية الشّائعة (المَادّة 181 من قَانُون الأُسْرَة)»، ومن المقرّر أيضا أن «القسمة تجرى بطريق الاقتراع بعد تكوين الحصص، وتثبت المحكمة ذلك في محضر تحرّره، ويصدر حكم بإعطاء كل شريك نصيبه (المَادّة 727 من القانُون المَدَني)». ومن ثمَّ فإنّ القضاء بما يخالف هذين المبدأين يُعدّ خطأً في تَطبيق القَانُون.

ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أَنّ قضاة المَوْضُوع لما اكتفَوْا بالمصادقة على الخبرة دون التّطرق للاقتراع ودون فرز الأنصبة وإعطاء كلّ شريك نصيبه المفرز فإنهم أخطأوا في تَطبيق القَانُون}.

➔ وُجُودُ قَاصِرٍ بينَ الوَرَثة = قرار المَحكَمَة العُليَا الصَّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1992/12/22 فَصلاً في الطّعن رَقم 84551 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/1995، الصَفْحَة 117) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : مِنَ المُقَرّر قَانُونًا أنه في حالة وجود قاصر يتوجّب أنْ تكون القسمة بين الورثة عن طريق القضاء، ويُعرَض ملفُّ القضية بواسطة كاتب الضبط على السيد النّائب العامّ قبل 10 أيام على الأقل من يوم الجلسة. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ القسمة مَوْضُوع الدعوى لم تقع تحت إشراف العدالة لضمان عدم الإجحاف بحقّ القاصر، ولم يحترم الإجراء الخاصّ بإطلاع النيابة العامّة على القضية، فإنه يتعيّن بذلك نقض وإبطال القرار المطعون فيه}.

➔ **تَقَادُمُ الحقُوقِ الميرَاثيّة :**

➔ الْحُقُوقُ الميرَاثيةُ تَتَقَادَم (1) = قرار المحكَمَة العُليَا الصّادر عن الغُرفَة العقارية بتَاريخ 2013/12/12 فصلاً في الطّعن رَقم 0798374 (منشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2013، الصّفْحَة 333) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : يسري التقادم المكسب في مواجهة جميع الحقوق ومنها الحقوق الميراثية، يتعين على قضاة المَوْضُوع التأكد من توفر شروط الحيازة وخاصة المدة الزمنية (33 سنة)}، وجاء في حيثيات القرار :

" حيث بالفعل فإنه وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبيّن أنّه أقام قضاءه بإبطال عقد الشّهرة أصلا على أساس أنه من المستقرّ عليه قانونا وقضاء أنّ عقد الشهرة ما هو إلاّ عقد تقريري وأن الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم 352/83 يُستبعد تطبيقها أمام وجود سند رسمي مُشهر للعقار مَوْضُوع النزاع محل عقد الشهرة.

لكن وخلافا لما ذكره قضاة المَوْضُوع وفضلا على أن اجتهاد المحكمة العليا مستقرّ على أن **التقادم المكسب يسري في مواجهة**

جميع أصحاب العقارات مهما كانت طبيعة سنداتهم، فإن القانون لم يرد فيه أي نص يمنع التقادم خاصة وأن تقرير سريان التقادم المكسب (ليس الدفع به أو التمسك به) من عدمه هو من النظام العام.

وحيث في الأخير يبقى القولُ أنه إذا كانَ التقادمُ المكسبُ يسري في مواجهة جميع الحقوق ومنها الحقوق الميراثية وهو ما نصت عليه المَادّة 829 من القانون المدني فإنه كان على قضاة المَوْضُوع التأكدُ من توفر شروط الحيازة وخاصة المدة الزمنية، لأن المَادّة المذكورة أشارت إلى "أنه في جميع الأحوال تتقادم الحقوق الميراثية بمرور ثلاثة وثلاثين سنة".

← الحقُوقُ الميراثيّةُ تَتَقادَم (2) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عَنْ الغُرفَة المَدَنيّة بتَاريخ 1990/09/24 فَصلاً في الطّعن رَقم 62624 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عَدَدهَا رَقم 2/1992 الصّفحَة 24 وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقرَّر قَانُونًا أن الحقوق الميراثية لا تُكتسب بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة ثلاثا وثلاثين سنة، ومن ثمَّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تَطْبيق القَانُون غير سديد. لما كان الثابت، في قضية الحال، أنّ المدعيين في الطعن مضت على حقوقهم الميراثية أكثر من خمسة وأربعين سنة وعليه فإنّ القضاة لما قضوا برفض دعوى المدعيين في الطعن على أساس أن الحقوق الميراثية تسقط بمرور ثلاث وثلاثين سنة كانوا على صواب وأحسنوا تَطْبيق القَانُون}.

← تأثيرُ المانِع الأدبي علَى تَقادُمِ الحُقُوقِ الميراثيَة (اجتهاد ممتاز) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغرفة العقارية بتَاريخ 2007/01/17 فَصلاً في الطّعن رَقم 384565 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2007، الصّفْحَة 401) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : ينتفي المانعُ الأدبي في الحُقُوق الميراثية لقيامها أساسًا على القرابة بين الورثة، ولا تأثير له على تقادمها}، وجاء في حيثيات القرار ما يلي :

«عن الوجه المثار : الذي يُعاب فيه على القرار المطعون أنه إذ قضى بإلغاء الحكم المعاد وتعيين خبير لإعداد مشروع قسمة فقد أخطأ في تطبيق المادتين 316 (و) 829 من القانون المدني، ذلك أن الطاعنَ دَفَعَ باكتساب الحقوق الميراثية بالتقادم المكسب لمرور أكثر من ثلاثٍ وثلاثينَ سنةً إلا أن القرار المطعون فيه استبعد هذا الدفع وعوّل في قضائه على وجود المانع الأدبي والشهادة التوثيقية.

حيث بالفعل فإنه يتبيّنُ من قراءة القرار المطعون فيه أن قضاةَ المَوْضُوع ولتعليل قضائهم باستبعاد الدفع المكسب للحقوق الميراثية، ذكروا في حيثياتهم ب"أن عَدَمَ مطالبة المدّعيات بنصيبهنّ من التّركة يعود إلى وجود مانع أدبي يحول دون ذلك وإلى الشّهادة التوثيقية المؤرخة في 1997/10/01 التي تُعتبر إشهارًا مسبقًا لحقوق ميراثية"، والحالُ أنه يُستفاد من عناصر النزاع أن القطعةَ الأرضيةَ وبعد وفاة المورث المشترَك في 1961/01/26 انتقلت حيازتُها إلى والد الطّاعن وبعد وفاة هذا الأخيرة سنة 1967 انتقلت إلى المدّعِي في الطعن، بينما دعوى الحال لم تُرفع من قبل عَمّات الطاعن إلا في 1998/07/04 أيْ بعد مرور أكثر من ثلاث وثلاثين سنة.

وحيث بذلك فإن قضاة المَوْضُوع لما حكموا بتعيين خبير لقسمة التركة بسبب المانع الأدبي يكونون قد أخطأوا في تأويل القانون باعتبار أن الحقوق الميراثية تقوم أساسًا على القرابة بين الورثة وهو ما ينتفى معهُ وبما لا ريب فيه المانع الأدبى، لأنّ القولَ بخلاف ذلك مؤدّاهُ أبدية حق المطالبة بهذه الحقوق وهذا ما لا يسْتقيم وأحْكامَ الْمَادّة 829 من القانون المدني وقواعد الشّريعة الإسْلاميّة.

وحيث من جهة أخرى فإن اعتمادَ المجلس على الشهادة التوثيقية وذلك لتبرير موقفه بخصوص عدم قيام التقادم المكسب هو إسناد غير مُستساغ، طالما وأن الشهادة المذكورة من جانبٍ لا تفيد

الحيازة الفعلية ومن جانب ثانٍ حُررت بعد اكتمال مدة التقادم المكسب، فضلا على أنه لم يرد ذكرُها من بين أسباب قطع التقادم المكسب المحددة بالمادتين 317 و318 من القانون المدني.

وحيث في الأخير ينبغي التذكيرُ أن التقادمَ يَسري في مواجهة جميع العقود باستثناء تلك التي أُنجزت في إطار عملية المسح عملا بالأمر 75/74 المتضمن مسح الأراضي وإعداد السجل العقاري، وأنه لا يُطلَبُ ممَن يتمسَك بالتقادم الطويل سِوَى إثباتُ حيازته المدة القانونية لا غير.

وحيث يخلُص مما سلف ذكرُه أن قضاةَ المَوْضُوع لما قضوا بالصورة المذكورة دون أن يستخلصوا النتائج المترتبة على معاينتهم، يكونون قد جانبوا صحيحَ القانون، بما يكون معه الوجه المثار سديدا».

➜ تركةٌ غيْرُ مُقَسّمَةٍ لازالَتْ في الشّيُوعِ وبعْضُ الوَرَثَةِ كَانوا قُصّرًا =

قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1998/03/17 فَصلاً في الطّعن رَقم 174703 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/1998، الصّفْحَة 76) وَقَد جاء فيه : {الْمَبْدَأ : من المقرر شَرْعًا أن «**الحقوق الميراثية لا تتقادم بالحيازة فيما يخص الورثة القصر**» ومتى تبيّن، من قضية الحال، أنّ العقارات المتنازع عليها لا زالت في الشيوع وأن الطاعنات كنّ قاصرات لم يبلغن سنّ الرشد، وبالتالي فإن التركة لا علاقة لها بالحيازة، وللطاعنات الحقُّ في طلب نصيبهنّ المقرر لهُنّ شَرْعًا من التركة. ومن ثمَّ فإنّ قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحكم المستأنف والتصدّي من جديد برفض الدعوى خالفوا القانون وشابوا قرارهم بالقصور في التسبيب (نقض بدون إحالة)} (ملاحظة : القول بأن التركة لا علاقة لها بالحيازة والتقادم

على إرساله لا يستقيم لأن الحقوق الميراثية تتقادم ب 33 سنة طبقا لنص الْمَادّة 829 من القانُون المَدَني).

➜ الْبَقَاءُ فِي حَالةِ الشّيُوعِ لِمدّةٍ طَويلَةٍ لا يَعْنِي التّنَازُلَ عَنِ الْحَقّ = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/07/18 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 257099 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2004، الصّفْحَة 331) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : سكوت إحدى الوارثات عن المطالبة بالخروج من حالة الشيوع لفترة طويلة، بسبب القرابة وصلة الرّحم، لا يعدّ تنازلا عن حقّها في الميراث}.

➜ تقادُمُ الحُقُوقِ الميرَاثيةِ يَختلِفُ بينَ القانونِ القدِيمِ (القانُون المَدَني الفرنسي) والقانونِ الجدِيدِ (القانُون المَدني الجزائري) = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1998/03/17 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 185202 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/1999، الصّفْحَة 115) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : «إن القرار الذي لا يستجيب في تسبيبه لطلبات أو دفوع أحد أطراف الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور في التعليل». ولمّا كَانَ الثّابتُ، فِي قَضيّة الْحَال، أنّ افتتاح التّركة وقع في ظلّ القانون القديم الذي يحدّد تقادم الحقوق الميراثية بأربعين سنة وسنّ الرّشد ب 21 سنة، وأنّ الطّاعنتيْن كانتا قاصرتيْن وقت افتتاح التّركة، فإنّ قضاة المجلس لما أيّدوا حكم المحكمة القاضي بسقوط حقّ المدّعيتين في الميراث بالتقادم طبقا للقانون الجديد أي الْمَادّة 829 من القانُون المَدَني، ولم يردّوا على طلبات الطّاعنتين فيما يخصّ تحرير الفريضة والقانون المطبّق والدّفع الخاصّ بالقصر ومدّة سريان حساب التقادم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون طبقا لأحكام الْمَادّة 144 من قانُون الإجرَاءَات المَدَنيّة وعرّضوا قرارهم للنقض}.

❖ في قرار للمحكمة العليا ذهبت إلى استبعاد أحكام التقادم طبقًا لنص الْمَادّة 829 من القانُون المَدَني على التركة (في تحليل غير كافٍ) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2000/02/22 فَصلاً في الطّعن رَقم 232678 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2001، الصّفْحَة 264) وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : ليس في القانون أو الشرع ما ينصّ على أنّ للوارث حقّ التّملّك بالتقادم نصيب غيره من الورثة متى استوفى وضعُ يده الشروطَ الواردة في القانون، وأنّ القضاء باستبعاد تطبيق الْمَادّة 829 من القانُون المَدَني على قضية الحال رغم الحبس الذي أقامه الحائز لزوجته وأولاده يعدّ تطبيقا صحيحا للقانون}، غير أنها في قرار آخر ذهبت إلى تطبيق أحكام التقادم على الحقوق الميراثية، وهو قرَارها الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/11/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 374633 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2007، الصّفْحَة 513) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يُحسب التقادم الجديد للحقوق الميراثية من التّاريخ الذي انقطع فيه التقادم بالمطالبة القضائية}.

← التّقادُمُ يتطلّبُ حيازةً متوافرة الشّرُوط (1) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/06/09 فَصلاً في الطّعن رَقم 629657 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2011، الصّفْحَة 266) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا تكفي المدّة المنصوص عليها في الْمَادّة 829 من القانُون المَدَني لاكتساب الحقوق الميراثية. يجب البحث عن شروط الحيازة القانونية}. وجاء في القرار :

«حيثُ أنه من الشرُوط الواجب توافرُها لاكتساب الحق بالتقادم أن تكونَ الحيازةُ قانونيةً مستوفيةً لعنصريْها المادي والمعنوي وخالية من العيوب التي يمكن أن تشوبَها خاصةً منها الإكراهُ أو الخفاءُ أو اللبسُ، ويكون واجباً على صاحب المصلحة الذي يتمسك

بهذا الحق إثباتُ حيازته الفعلية مستوفاةً لهذه الشروط وبخاصة إثبات أن وضع اليد كان وضعًا فعليا ظاهرًا ومستمرا وغير غامض وهادئا ولا يعد من رخص التسامح وبنيّة التملك للمدة المقررة، كما يكون قضاة المَوْضُوع ملزمين بإبراز هذه الشروط والعناصر في قرارهم وصولا بذلك إلى إثبات الحيازة بعناصرها وشروطها من عدمه وعدم الاكتفاء فقط بحساب المدة حسبما ذهب إلى ذلك قضاة المَوْضُوع، ودون التأكد من استيفاء الدفع لباقي الشروط وبخاصة ما نصت عليه الْمَادّة 808 من القانون المدني من أن الحيازة لا تقوم على عمل من أعمال التسامح، لأن الغير الذي اعتُدِيَ على حقه إذا تَرَكَ المعتدي تسامحًا يستغلُ حقوقَه سواء بصفة صريحة أو ضمنية فإن هذا الاستغلال الذي يباشرُه مدّعي الحيازة بموجب ترخيص أوْ تسامح لا يمكنه الإدعاء بقصد الظهور بمظهر صاحب حق عيني على الشيء، فينتفي معه العنصر المعنوي ولا يعتبر حائزا، فضلا عن أن استيلاء بعض الورثة على أعيان التركة بعد وفاة المورث قد لا يتضحُ معه الأمرُ فيما إذا كان الذي استولى على التركة يحوزُها لحساب نفسه فقط أم لحساب نفسه ولحساب باقي الورثة، وتكون حيازته بذلك مشوبةً بعيب اللبس ولا تؤدي إلى كسب الحق بالتقادم مما يجعل الوجه سديد».

➔ التّقَادُمُ يتَطلّبُ حيَازةً مُتوافرةَ الشُّرُوط (2) = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادر عنْ الغُرفَة المَدَنيّة بتَاريخ 1987/05/06 فَصلاً في الطّعن رَقم 40944 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عَدَدهَا رَقم 3/1991 الصّفحَة 15 وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا أنه في جميع الأحوال لا تكتسب بالتقادم الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيازة ثلاثا وثلاثين سنة، ومن ثمَّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تَطْبيق القَانُون غير وجيه ويستوجب الرّفض. ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحيازة غير متوفرة بركنيها المادي والمعنوي، مع عدم ثبوت

وجود قسمة بين الورثة، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإجراء القسمة على أساس فريضة الهالك، طبقوا القانون التطبيق الصّحيح}.

الْمَادّة 182 :

فِي حَالَة عدَمِ وُجُودِ وَلِيٍّ أَوْ وَصِيٍّ يَجُوزُ لِمَنْ لَهُ مَصْلَحَةٌ أَوْ للنّيابةِ العَامّة أنْ يتقدّمَ إلى المحْكمةِ بطلبِ تصْفيّةِ التّركَةِ وبتعيينِ مُقدّمٍ، ولِرئيسِ المحْكمةِ أنْ يُقرّرَ وَضْعَ الأخْتام، وإيدَاعَ النّقُودِ والأشْيَاءِ ذاتِ القْيمَة، وأنْ يفْصِلَ فِي الطّلَب.

الْمَادّة 183 :

يجبُ أنْ تُتّبَعَ الإجْرَاءَاتُ المسْتعجلَةُ فِي قِسْمةِ التّركَاتِ فيمَا يتعلّقُ بالمواعيد وسُرعةِ الفصْلِ فِي مَوْضُوعِها، وطُرُقِ الطّعْنِ فِي أحكَامِها.

❖ هل يُفْهمُ من الجُملة الأخيرةِ أنّ الأحكَامَ الابتدائيةَ الغيابيةَ غيرُ قابلةٍ للمعارضةِ وأنّ أجلَ الاستئنافِ هو 15 يومًا (الْمَادّة 304 من قانُون الإجرَاءَات المَدنيّة ؟

أَحكَامُ قَانُونِ الإجْرَاءَاتِ الْمَدَنِيّةِ وَالإدارِيّةِ فِي التّرِكَات :

فِي التّركة

الْمَادّة 498 : يؤُولُ الاخْتصاصُ فِي دعاوَى التّركة إلى المحْكمة التي يقع فيها موْطن المتوفَّى، حتّى وإنْ وُجدتْ بعضُ أمْلاك التّركة خارج دائرة الاختصاص الإقليميّ لهذه المحْكمة، ما لمْ ينص القانون على خلاف ذلك.

الْمَادّة 499 : يجوز لقاضي شؤون الأُسْرَة، وعن طريق الاسْتعجال، أنْ يتّخذ جميع التّدابير التّحفظية، لاسيما الأمْر بوضْع الأخْتام، أو تعيين حارس قضائي لإدارة أمْوال المتوفَّى إلى غاية تصفية التّركة.

أَحْكَامُ الْقَانُونِ المَدَنِي فِي بَيْعِ التَّرِكَةِ :

بيْعُ التّركة

الْمَـادّة 404 : مَـن بـاع تركـةً دون أن يُفَـصّل مـشتملاتها، لا يَضمن إلا صفته كوارث ما لم يقع اتّفاق يُخالفُ ذلك.

الْمَادّة 405 : إذا بيعَتْ تركةٌ فلا يَسري البيعُ في حق الغير إلا إذا قامَ المشتري بالإجراءات الواجبة لنقل كلّ حقّ اشتملتْ عليه التّركة، فإذا نصّ القانون على إجراءاتٍ لنقل الحقوق المذكورة بين المتعاقدين وجب أيضًا أن تتمَ هذه الإجراءات.

الْمَادّة 406 : إذا كان البائعُ قد استوفَى ما للتركة من ديونٍ أو باعَ شيئًا منها وجب أن يرد للمشتري ما قبضه، ما لم يكن قد اشترطَ صراحةً عدم الرد وقتَ انعقاد البيع.

الْمَادّة 407 : يرد المشترِي للبائِع وقتَ انعقاد البيع ما قد وفّاه هذا الأخيرُ من ديون التركة، ويحسب للبائع كل ما يكون دائنا به للتركة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

البيْعُ فِي مرضِ الموْت

الْمَـادّة 408 : إذا بـاع المـريضُ مَـرَضَ المـوت لـوارثٍ فـإن البيـعَ لا يكون ناجزا إلا إذا أقرّهُ باقي الورثة.

أما إذا تم البيعُ للغير في نفس الظرُوف فإنه يُعتبر غير مصادَق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال.

← قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1996/07/09 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 139123 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/1996، الصّفْحَة 80) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدأ : مِنَ الْمُقَرّر قَانُونًا أنّ عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت، لفائدة الوارث،

لا يكون نافذا إلا إذا أقرّه باقي الورثة. ولما تبيّن، من قضية الحال، أن زوجة المورّث قد استغلت مرضه لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يوما، وأن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة دون أنْ يبيّن في حيثياته حالة المرض الذي أثاره الطاعنون فإنه استوجب النّقض}.

الْمَادّة 409 : لا تسري أحكام الْمَادّة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيْء المبيع.

الْمَادّة 829 : لا تُكسَب بالتقادم في جميع الأحوال الحقوقْ الميراثية إلا إذا دامت الحيازة ثلاثاً وثلاثين سنة.



الْكتَابُ الرَّابعُ - التَّبَرُّعَاتُ-الْوَصيّة - الْهِبَة - الْوَقْف

DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES - LEGS; DONATION; WAQF

الْفصْلُ الأوَّلُ - الْوَصِيَّة Du testament

الْمَادّة 184 :
الْوَصيَّةُ تَمْليكٌ مُضَافٌ إلى مَا بعْدَ الموْتِ بطَرِيقِ التَبَرُّع.

❖ الوصيّة والْهبة كلاهما تصرّف في المال يفيد التّمليك للغيْر بطريق التبرّع، غيْر أنّ ذلك التّمليك منْجز فورا في حال الْهبة، ومضاف إلى ما بعد الموت في حال الوصيّة.

❖ وتتم الوصية بقبول الموصى له أو ورثته، صراحة أَوْ ضمنا، بعد وفاة الموصي، حسب نص الْمادّة 197 بعده.

➔ الْوصيّةُ مُقدَّمةٌ على التّركَة = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1995/05/02 فَصلاً في الطّعن رَقم 116375 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/1996، الصّفْحَة 108) وقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا أنّ الوصية هي تمليكٌ مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، وهي مقدّمة على التّركة. ولما كان النّزاع الحالي يتعلّق بقسمة تركة، وقد أثار أحد الأطراف أثناء الدعوى دفعا يتعلّق بوجود وصيّة، فإن قضاة المَوْضُوع كانوا ملزمين بمناقشة ذلك استنادا للدلائل المقدّمة لهم لإثباتها أو نفيها، ولا يمكنهم أبدا القول بأنّها نفّذت مع القسمة في حياة المورّث لأن ذلك يعدّ خرقا واضحا للقانون ولأحكام الشّريعَة الإسْلاميّة، مما يعرّض قرارهم للإبطال}.

➜ توْزيعُ الشّخْصِ لأمْلاكِهِ على وَرَثتِهِ قيْدَ حيَاتِهِ لا يُعْتَبَرُ وصيّةً = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2002/01/06 فَصلاً في الطّعن رَقم 278004 (مَنشور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2003، الصّفْحَة 367) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرّف على إرادة المتعاقدين. وعليه فإنّ القضاء برفض الدّعوى الرامية إلى إلغاء عقد الوصية هو قضاء سليم ما دام قصد الهالك ينصرف إلى توزيع أملاكه على الورثة أثناء حياته}، فقضاة المجلس في دعوى الحال كيّفوا عقد الوصية على أنه تقسيم للممتلكات على الزوجة والأولاد من طرف الهالك قيد حياته وهو ما تم تجسيده فعليا وأن كل وارث قد حاز نصيبه وفق التقسيم المذكور.

الْمَادّة 185 : تَكُونُ الوَصيّةُ فِي حُدُودِ ثُلُثِ التّرِكَة، ومَا زادَ علَى الثُلُثِ تَوَقّفَ على إجَازَةِ الوَرَثَة.

❖ وذلك لقوْله صلّى الله عليه وسلّم في الحديثين الصّحيحين :

- حَدِيثُ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ قَالَ : {قُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَنَا ذُو مَالٍ، وَلا يَرِثُنِي إلا ابْنَةٌ لِي وَاحِدَةٌ، أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثَيْ مَالِي ؟ قَالَ : لا ، قُلْتُ : أَفَأَتَصَدَّقُ بِشَطْرِهِ ؟ قَالَ : لا ، الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، إِنَّكَ إِنْ تَذَرْ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ}.

- وَحَدِيثُ مُعَاذٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : {إِنَّ اللَّهَ قَدْ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ، زِيَادَةً فِي حَسَنَاتِكُمْ}.

❖ الثلُثُ المَقْصُودُ هوَ ثلُثُ التّركَة بعدَ طَرْحِ نفَقَاتِ التَّكفِينِ وَالتَّجْهِيزِ، وَوَفَاءِ الدُيُونِ.

← الوصيةُ في حدود ثلث التركة (نعم) = قرار المحكمة العُليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1991/02/24 فصلاً في الطعن رقم 75598 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 2/1993، الصفحة 62) وقد جاء فيه : {المبدأ : متى كان من المقرر شرعًا وقانونًا أنّ الوصيّة تكون في حدود ثلث التركة، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بخرق الأشكال الجوهرية للإجراءات في غير محلّه يستوجب رفضه. ولما كان الثابت، في قضيّة الحال، أنّ المورّث قد أوصى لمطلّقته بثلث ما يملك، وأنه ثبت لقضاة الموضوع صحّةُ الوصية، فإنّ عدم إدخال جميع الورثة في الخصام لا يؤثّر على تنفيذ الوصيّة في التركة} (وجاء في حيثيات القرار أن المطعون ضدّهما ليسا وارثين ولا يُطالبان بنصيبهما على أساس الإرث بل على أساس الوصية).

← إجَازةُ الورثةِ للوصيّةِ بما يَفُوقُ الثلثَ يَجبُ أنْ تكُونَ صريحةً ولا تعتَمدُ على الاستنتاج = قرار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ الغُرفَة المدنية بتاريخ 2011/03/14 فصلاً في الطّعن رقم 241885 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عَددهَا رقم 1/2002 الصّفحَة 133 وقد جاءَ فيه : {المَبْدَأ : إنّ القرار المطعون فيه لمّا قرّر عدم وجود ما يثبت اعتراض الوارث على الوصية أثناء حياته، وبالتالي فإن إجازته للوصية تصبح نافذة، يكون قد بنى هذه الإجازة على وجود الافتراض والظنّ، مخالفا بذلك أحكام المَادّة 135 من قانُون الأُسْرَة التي تجعل من الوصيّة التي توصي بأكثر من الثلث متوقّفة على إجازة الورثة للابتعاد عن أدنى شك}.

أرْكان الوصيّة أرْبعة : ① الموصِي (الْمَادَّة 186)، ② الموصَى له (الْمَوادّ 187 إلى 189)، ③ الموصَى بـه (الْمَـادَّة 190)، ④ الـصّيغة (الْموادّ 196 إلى 198).

الْمَادّة 186 :
يُشْتَرطُ فِي الْمُوصِي أنْ يَكُونَ سَلِيمَ العَقْل، بَالِغًا مِنَ الْعُمْرِ تِسْعَ عَشْرَةَ (19) سَنَةً على الأقلّ.

❖ يجب أنْ يكون الموصِي بالغًا سنّ الرشد، حرًا في تصرّفه. ولا يؤثر اخْتلافُ الدّين بين الموصِي والموصَى له في صحّة الوصية (انْظر الْمَادّة 200 بعده). والهبةُ أو التبرّعُ في مرض الموْت يُعتبر وصيةً وتسْري عليه أحْكامُها وفقا لما نص عليه القانُون المَدَني في الْمَادّة 776 منه.

الْمَادّة 187 :
تَصِحُّ الوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ بِشَرْطِ أَنْ يُولَدَ حَيًّا، وإذا وُلِدَ تَوَائِمُ يَسْتَحِقُّونَهَا بالتّسَاوِي ولَوْ اخْتَلَفَ الْجِنْس.

◀ الموصَى لَهُ :

❖ تصحّ الوصيّة للحمْل حتى ولوْ لمْ يكنْ موْجودًا حين الوصيّة، فإذا لمْ يولد الحمْلُ حيًّا (لمْ يستهلّ صارخًا) بَطُلَت الوصية.

❖ فيما يتعلّق بحياة الموصَى له فإنّ من الفقهاء منْ يشْترطُ أنْ يكونَ حيًّا وقت الوصية، فإنْ كان الموصِي يجْهل بأنّ الموصَى له ميّتٌ بَطُلَت الوصية، ومنهم من يرى بأن الوصية في هذه الحالة تكون لورثته.

❖ لا تصحّ الوصيّة لمُبْهم (كأحد سكّان العمارة أوْ أحد أعْضاء الفريق الرّياضي دون تحديد).

❖ تصحّ الوصية للجماعة المحدّدة أوْ القابلة للتّحديد، كما تصحّ لجهات النّفع العامّ كالمسْتشْفيات والمدارس والطّرق والجسور.

الْمَادّة 188 :
لا يَسْتَحِقُّ الوَصية مَنْ قَتَلَ الْمُوصِي عَمْدًا.

❖ لا يستحقّ الوصيّةَ القاتلُ عمْدًا سواء كان مباشرًا للقتل أوْ مساهمًا أوْ شريكًا فيه، وسواءٌ كان بمفْرده أوْ مع غيْره من المعتدين.

❖ القتلُ الخطأ لا يُبْطل الوصيّة.

الْمَادّة 189 :
لا وَصِيَّةَ لوَارِثٍ إلاّ إذا أَجَازَهَا الوَرَثَةُ بعدَ وَفَاةِ الْمُوصِي.

❖ وذلك لقوْله صلّى الله عليه وسلّم في الحديث الذي أخْرجه التّرْمذي : {إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، فَلا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ}، والحديث الذي أخْرجه الدّارقطني : {لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ إلا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ}.

❖ يجب أنْ تكون الإجازة بعد موْتِ الموصي لا أثناء حياته، وأنْ يكون المجيز بالغًا رشيدًا فلا تصحّ إجازة الصّغير قبل البلوغ. ومن فقهاء الشّريعَة الإسْلامِيّة منْ يعتبر إجازة الورثة بمثابة الْهبة وليْست تنفيذا لوصية المورّث.

◄ التّصرُّفُ لصَالحِ أحَدِ الوَرثةِ بشَرْطٍ وَاقِفٍ لما بعدَ الموْتِ يُعْتَبَرُ وصيّةً = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادِر عنْ الغُرفَة المَدَنيّة بتَاريخ 1991/05/28 فَصلاً في الطّعن رَقم 74249 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عَدَدها رَقم 2/1993 الصّفْحة 28 وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا أنه يعتبر التصرّف وصيّة وتجْري عليه أحْكامها إذا تصرّف شخْص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقةٍ ما حيازة الشّيْء

المتصرّف فيه والانتفاع به مدّة حياته، ما لمْ يكنْ هناك دليل يخالف ذلك، ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غيْر وجيه يستوْجب رفْضه. ولما كان من الثّابت، في قضية الحال، أنّ التصرّف قد تمّ بلا مقابل تحْت شرْطٍ واقفٍ متعلّقٍ بسبقِ وفاة أحد الممتلكين (الأب أو البنت) فإنّ قضاة الموْضوع بتعْيينهم للموثق لتحْرير الفريضة وحصْر مخلّفات المتوفّى طبّقوا القانون تطْبيقا سليما}.

◄ أبْناءُ الابْنِ في حياةِ والِدِهِم ليْسُوا ورثةً وتصحّ الوصيّةُ لهُمْ = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1997/07/29 فَصْلاً في الطَّعْن 166090 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 298) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصتُه : {متى تبيّنَ في قضيّة الحال أنّ الوصيّة صدرتْ في حياة المُوصيّة لأوْلاد ابْنها (س) حال حياة هذا الأخير في ثلث التّركة باعْتبارهم غيْر وارثين فإنّ قضاة المجْلس بقضائهم بتأْييد حكم المحكمة القاضي بحصْر التّركة وتقْسيمها على الورثة وتحديد نصيب كلّ وارثٍ وإلْغاءِ الوصيّةِ على أساسِ أنّ الموصَى لهم يُعَدّون من ورثة الموصيّة فإنهم خالفوا القانونَ وأخْطأوا في تطْبيقه}.

الموصَى به

الْمَادّة 190 :
للمُوصِي أنْ يُوصِيَ بالأمْوالِ التي يَمْلِكُهَا والّتي تَدْخُلُ في مُلْكِهِ قبْلَ موْتِهِ عيْنًا أَوْ مَنْفَعَة.

◄ مَحَلُّ الوَصِيَّة :

❖ يجب أنْ يكون الموصَى به مالٌ أوْ منْفعةٌ ممّا يجوزُ التّعاملُ فيه، وأنْ يكونَ الموصِي مالكًا له، فإنْ كان الموصَى به ليْس مملوكًا له بطلت الوصيّة لانْعدام المحلّ.



إثباتُ الوصيّة

الْمَادّة 191 :

تَثبُتُ الوَصِيَّةُ :

1-بتَصْرِيحِ الْمُوصِي أمامَ الْمُوَثّقِ وتحْريرِ عقْدٍ بذلكَ،

2 -وفي حالةِ وجودِ مانعٍ قاهرٍ تَثبُتُ الوصيّةُ بحُكْمٍ، ويؤشّرُ به على هامش أَصْلِ الْمِلْكيّة.

❖ كتابةُ الوصيّة مستحبّةٌ شرْعًا لقوله صلّى الله عليْه وسلّم : {مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيتُ ثَلاثَ لَيَالٍ إِلا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ}.

➔ تثبتُ الوصيّةُ بالكتابةِ وبالشّهادة، وكتابة الوصيّة تكون للإثبات وليْست شرْطا لانْعقادها بصريح النّص.

➔ في حالَة وُجُودِ مانِعٍ قاهِرٍ (نعم) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2008/01/16 فَصلاً في الطّعن رَقم 413209 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2008، الصّفْحَة 303) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يمْكن في حالة وجود مانع قاهر إثباتُ الوصيّة بجميع طرُق الإثبات}، وفي قضية الحال تريد الطاعنة إثبات الوصية مدّعية أنّ المانع القاهر هو الوفاة المفاجئة للواهبة وقدّمت شهودا على ذلك أمام المحكمة غيْر أنّ قضاة المَوْضُوع قد رفضوا دعواها لعدم التأسيس على أساس أنه كان يجب إفراغ الوصية في الشّكْل الرّسْمي، وقد قضت المحكمة العليا بنقض قرارهم على أساس إمكانية إثبات الوصية بكلّ الطّرق في حالة وجود المانع القاهر.

➔ صِحَّةُ الوَصِيَّة لا تَشْتَرطُ شَهْرَهَا = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2010/12/09 فَصلاً في

الطّعن رَقم 581896 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/2012، الصّفحَة 276) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : تنتجُ الوصيةُ، حتى ولو كانت غير مشهرة، أثرهَا بالنسبة للالتزامات الشخصية بين الموصي والموصى له}، فالشّهر العقاري مطْلوب لإثبات التّصرّف في مواجهة الغيْر ويمْكن أنْ يتمّ بعْد وفاة الموصي، عملا بأحْكام الأمْر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

➜ شهْرُ الوَصيّة يكُونُ بَعْدَ الوَفَاة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغرفة العقارية بتَاريخ 2011/07/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 665688 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2011، الصّفْحَة 172) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : تصحّ الوصيّة بمجرّد تحْريرها أمام الموثّق. شهْرُ الوصيّة واجبٌ لنقْل الملكية بعدَ الوفاة}. وجاء في حيثيات القرار :

«حيث أنه إذا كانت المَادّة 191 من قانون الأُسْرَة قد اكتفتْ بصحة الوصية بمجرد تحْريرها أمام الموثق دون أنْ تتعرّض للإشْهار فذلك لأنها تصرّف مُضافٌ إلى ما بعْد الموْت، والقوْلُ بخلاف ذلك يتنافَى مع طبيعة الوصيّة، وبالتّالي فإنّ الشّهْرَ يكونُ واجبًا لنقل الملكية بعد الوفاة لا غيْر وهذا طبْقا للمادة 16 من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

وحيث أنّ الطّاعنة قدّمت لقضاة المجلس ما يثبت أنّها بصدد القيام بإجراءات الإشهار وفقا لنص المَادّة المذكورة أعلاه، والتمست من قضاة المجلس وقف الفصل في الدعوى إلى غاية إتمام إجراءات الشهر، إلا أن القضاة لم يلتفتوا لهذا الدفع مع أنه دفع جوهري، الأمر الذي يُعَرّضُ القرار المطعون فيه للنقض والإبطال».



الْمَادّة 192 :

يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِي الوَصيَّةِ صَرَاحَةً أَوْ ضِمنًا، فالرُّجُوعُ الصَّريحُ يَكُونُ بوَسَائِلِ إثبَاتِهَا، والضِّمْنِي يَكُونُ بكُلِّ تَصَرُّفٍ يُسْتَخلصُ منه الرُّجُوعُ فيها.

❖ ما دامت الوَصيّةُ تَنْشأُ بتصرُّفٍ من طرفٍ واحد، ولا يَثبتُ حكمُها إلاّ بعْد الوفاة، فإنَّ من حقّ الْمُوصِي التّراجُعَ عنْهَا أو التّغيير فيهَا قيْدَ حياته.

❖ منْ أمْثلة التّراجع الضّمْني قيام الموصي ببيْع العيْن الموصَى بها أو هبتِها.

الْمَادّة 193 :

رَهْنُ الْمُوصَى به لا يُعَدُّ رُجُوعًا فِي الوصيّة.

❖ لأنّ ملْكية الموصِي لا تزال قائمة.

الْمَادّة 194 :

إذا أَوْصَى لِشَخْصٍ ثُمَّ أَوْصَى لِثَانٍ يَكُونُ الموصَى به مُشْتَرَكًا بيْنَهُمَا.

❖ وهذا ممّا يدْخلُ فِي باب تغْيير الوصيّة، وهو تصرّفٌ جائز شرْعًا وقانونا.

الْمَادّة 195 :

إذا كانت الوَصيَّةُ لشَخْصَيْن مُعَيّنَيْن دون أنْ يُحَدِّدَ ما يَسْتحِقُّهُ كلٌّ منْهما وماتَ أحدُهُمَا وَقْتَ الوَصيّةِ أَوْ بَعْدَهَا قبْلَ وَفاةِ

الْمُوصِي، فالْوَصيّةُ كلُّهَا للْحَيّ منْهُمَا، أمّا إذا حُدِّدَ مَا يَسْتَحِقُّهُ كلٌّ منْهُما فالْحَيّ لا يَسْتحقُّ إلاّ ما حُدِّدَ له.

الْمَادّة 196 :

الوصيّةُ بمنْفعَةٍ لمدّةٍ غيْرِ محْدُودةٍ تنْتَهي بوفاةِ الْمُوصَى له وتُعْتَبَرُ عُمْرَى.

❖ أيْ أنّ الوصيّة بالمنْفعة لا تنْتقلُ إلى ورثة الموصَى لَهُ بعْد وفاته.

الْمَادّة 197 :

يكُونُ قبولُ الوصيةِ صراحَةً أَوْ ضِمْنًا بعْدَ وَفاة الوصي[1].

❖ قبولُ الوصية أو ردُّها يكون من طرف الموصَى له، أو ورثتِهِ، بعد وفاة الموصِي.

الْمَادّة 198 :

إذا ماتَ الموصَى لَهُ قبْلَ الْقبُولِ فلِورثتِهِ الْحقُّ فِي الْقبول أَوْ الرّدّ.

❖ هذا إذا مات الموصَى له بعْد وفاة الموصِي، أما موتُه قبْل وفاة الموصِي فهو يُبْطل الوصيّة (الْمَادّة 201 بعده) سواء علم الموصِي بموْته أوْ لمْ يعلمْ.

الْمَادّة 199 :

إذا عُلّقَتِ الْوَصيّةُ علَى شَرْطٍ اسْتحَقّهَا الموصَى له بعْدَ إنْجَاز الشّرْط، وإذا كانَ الشّرْطُ غيْرَ صحيح صَحّتْ الوَصيّةُ وبَطُلَ الشّرْط.

---

[1] الصّواب : بعد وفاة الْمُوصِي - المؤلّف.



❖ الشَّرْطُ الصَّحيحُ يُعْمَلُ به لقَوْلِ رَسُولِ اللّهِ صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : {الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، وَالصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ}، وقوله : {الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ مَا وَافَقَ الْحَقَّ}.

الْمَادّة 200 :
تَصِحُّ الوَصيَّةُ مَعَ اخْتلافِ الدِّين.

← وهو ما أكّده قرار المحكَمَة العُليَا الصّادر عن غُرفَة شُؤون الأُسْرَة والمَواريث بتَاريخ 2013/05/09 فصلاً في الطّعن رَقم 0725847 (منشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2014، الصّفْحَة 247) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : تصحّ الوصية، مع اختلاف الدين}، وفي قضية الحال فإن الطّاعنة وهي فرنسية كان قدْ حرّر لها زوْجُها الجزائري وصيّةً أمام موثّق بفرنسا، ولما طالبت بإضْفاء الصّيغة التنْفيذية عليها عن طريق دعوى مدنية ضدّ وَكيل الجُمْهُوريّة فإنّ قضاة المَوْضُوع (محكمة ومجلس) قد رفضوا الطّلب لعدم التأسيس على أساس أنه لا وصية لوارث فتمّ نقضُ قرارهم على أساس أنّ الطاعنة ليْست وارثة لزوْجها الموصي لاخْتلاف الدّين.

الْمَادّة 201 :
تَبْطُلُ الوَصيَّةُ بمَوْتِ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ الموصِي، أَوْ بِرَدِّهَا.

❖ أما إذا مات الموصَى له بعْد الموصي فإنّ حقّ القبول أو الرّدّ ينْتقل إلى ورثته.

❖ أحْكَامُ الْوَصيّة في الْقَانُون المَدَني :

الْمَادّة 775 مدني : يسْري على الوصيّة قانونُ الأحْوال الشّخْصية والنّصوص القانونية المتعلّقة بها.

المَادّة 776 مدني : كلّ تصرّفٍ قانوني يَصْدُرُ عن شخْصٍ في حال مرضِ الموْتِ بقصْدِ التبرّع يُعْتبرُ تبرّعًا مضافا إلى ما بعد الموْت، وتسْري عليه أحْكامُ الوصيّة أيّا كانت التّسْمية التي تُعْطَى إلى هذا التّصرّف.

وعلى ورثة المتصرِّفِ أنْ يثبتوا أنّ التّصرّفَ القانوني قدْ صدر عن مورّثهم وهو في مرضِ الموْتِ ولهم إثباتُ ذلك بجميع الطرُق، ولا يُحتَجّ على الورثة بتاريخ العقد إذا لمْ يكنْ هذا التاريخ ثابتا.

إذا أثبت الورثةُ أنّ التّصرّفَ صدر عن مورّثهم في مرض الموْت اعتُبر التّصرّفُ صادرًا على سبيل التبرّع ما لم يُثْبتْ مَن صَدَرَ له التصرّفُ خلاف ذلك، كلّ هذا ما لم توجد أحْكام خاصّة تخالفه.

المَادّة 777 مدني : يُعتبرُ التصرّفُ وصيّةً وتَجْري عليه أحْكامُها إذا تصرّفَ شخْصٌ لأحد ورثته واسْتثنى لنفْسه بطريقةٍ ما حيازة الشّيْء المتصرّف فيه والانتفاع به مدّة حياته ما لمْ يكنْ هناك دليل يخالف ذلك.

➜ قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1990/03/05 فَصلاً في الطّعن رَقم 59240 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 3/1992، الصّفْحَة 51) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : مِنَ المُقَرَّر قَانُونًا أنه **يُعْتبرُ التصرّفُ وصيّةً وتَجْري عليه أحْكامُها إذا تصرّفَ شخْصٌ لأحد ورثته واسْتثنَى لنفْسه بطريقةٍ ما حيازة الشّيْء المتصرّف فيه والانتفاع به مدّة حياته** ما لمْ يكنْ هناك دليل يخالف ذلك، ومن المقرّر أيْضا أنه لا وصيّة لوارث إلا إذا أجازها الورثة، وَمِنْ ثَمّ فإنّ النّعْيَ على القَرَار المطعُون فيه بمخالفة القانون غيرُ سديد يسْتوْجبُ الرّفْض. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أَنّ قضاة الاسْتئناف لما قضوْا ببطلان عقْد الهبة وعدم تنْفيذ التّصرّف باعتباره وصيّةً لوارثٍ يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبّقوا القانون تطبيقا صحيحا}.



الْفَصْلُ الثّانِي - الْهِبَة

De la donation

> الْمَادَّة 202 :
>
> الْهِبَةُ تمليكٌ بلا عِوَض.
>
> ويَجُوزُ للْوَاهِبِ أنْ يَشْتَرِطَ على الموْهُوبِ لَهُ الْقِيَامُ بِالْتِزَامٍ يتوَقّفُ على إنْجَازِ الشّرْط.

◄ يبْدو أنّ كتابة الفقْرة الثانية باللّغة العربية فيها غموض أوْ خلل، وصياغة النّص بالفرنسية هي :

"Il est permis au donateur d'exiger du donataire l'accomplissement d'une condition qui rend la donation définitive".

وترجمتُها الأقربُ : {ويجوزُ للواهب أنْ يَشْترطَ على الموْهُوب لهُ القيامُ بتنْفيذ شرْطٍ يجعلُ الهبة نهائيّة}.

◄ تمْليكُ المال إلى الغيْرِ هبةً يكونُ من باب العطيّة في الحَال وليْسَ مُضافًا إلى ما بعد الموْت، ويقْتضِي موافقةَ الموْهُوب له. وهي مشْرُوعةٌ لقوْله صلّى الله عليه وسلّم في الحديث الذي أخرجه البخاري : {تهَادُوا تحَابّوا}.

← شرْطٌ لا يُؤثّرُ على صحّةِ الْهِبة = قرار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/10/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 341661 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2005، الصّفْحَة 403) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : احتفاظ الزّوْج الواهب، في الهبة بين الزّوْجين، بحقّه في التّراجع عنْها في حالة وفاة الزّوْجة الموهوب لها قَبْله لا يؤثّر على صحّة الهبة في حالة وفاته قبلها}.

◀ قياسا على الوصية (الْمَادّة 199) إذا عُلّقت الهبةُ على شرْطٍ استحقها المَوْهُوبُ له بعد إنْجاز الشّرْط، وإذا كان الشّرطُ غير صحيحٍ صحّت الهبةُ وبَطُلَ الشّرْط.

◀ لا يجُوزُ افتراضُ شرطٍ غيرِ موْجُودٍ فِي عَقْدِ الْهِبَةِ = قرار المَحكَمَةِ الْعُليَا الصّادِر عنْ غُرفَةِ شؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/06/16 فَصلاً فِي الطّعْن 197336 (مَجلّةِ المَحْكمَةِ العُلْيا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 284) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصتُه : {متى تبيّن، في قضية الحال، أنّ عقْد الهبة لا يتضمّن أيّ شرْطٍ للعناية بالواهبة أوْ أيّ التزام نحوها من طرف الموْهوب له فإنّ القضاة بقضائهم بإلْغاء عقد الْهبة عرّضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني}.

◀ وأرْكانُ الهبة هي : العاقدان (الواهب والموْهوب له)، والمعْقود عليه (محلّ العطيّة)، والصّيغة (الإيجاب والقبول)، والتّوْثيق في العقار.

الْمَادّة 203 :
تُشْتَرَطُ فِي الوَاهِبِ أنْ يَكُونَ سَلِيمَ العَقْل، بَالِغاً تِسعَ عَشْرَةَ (19) سنَةً وغيْرَ محْجُورٍ عليْه.

❖ الوَاهِبُ : يجب أنْ يكون من أهْل التبرّع، ومالكا للشّيْءْ الموْهوب، وألاّ يكون في مرض الموْت.

➜ يُشْتَرَطُ فِي الوَاهِبِ أنْ يكونَ سليمَ العَقْل = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/02/21 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 256869 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2002، الصّفْحَة 428) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : تعتبر الهبة في مرض الموْت والحالات المخيفة وصيّة لأنّه يُشْترَط في الواهب أنْ يكون سليم العقل وقْت إبْرام أوْ تحْرير الهبة. وإنّ إبْطال الهبة المحرّرة بواسطة الوكيل في

مرض الموت هو تطبيق سليم للقانون لعدم تحقق ما تقتضيه أحكام المادتين 203 (و) 204 من قانون الأسْرَة} ، وجاء في حيثيات القرار أنّ العقد أبرم بين وكيل الواهب مع الموهوب لها قبل 17 يوما من موت الموكّل، والوكالة كانت صادرة عنه قبل 41 يومًا من إبرام عقد الهبة، وكان الموكّل حين إبرام عقد الوكالة مريضا بمرض السّرطان.

← المرَضُ العقلِي يُثْبَتُ بالخِبْرَةِ الطّبّيّة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 2002/02/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 273529 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2003، الصّفْحَة 289) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : يثبت المرض العقلي الذي يبْطِل التّصرّف القانوني بخبْرة طبّيّة صادرة عنْ طبيب مخْتص وليْس بشهادة الشّهود}.

المادّة 204 :
الْهِبَةُ في مَرَضِ الموْتِ، والأمْرَاضِ والْحَالاتِ المخِيفَةِ، تُعْتَبَرُ وَصِيّةً.

◄ واعتبارُ الهبة في مرض الموْت وصيّةً غايتُه الحفاظُ على مصالح الورثة.

← وهو ما قضتْ به المحكمة العليا = قرَارها الصّادر عَنْ الغرفة العقارية بتَاريخ 2002/04/24 فَصلاً في الطّعن رَقم 229397 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2002، الصّفْحَة 387) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : إنّ القضاء بإبْطال عقْد هبةٍ في مرضِ الموْتِ دون مراعاة المَبْدَأ القانوني الذي يقرّر بأنّ الْهبة في مرض الموْت تُعْتبر وصيّة ويسْتفيد منها الموْهوب له في حدود ما يسْمح بذلك مَوْضُوع الوصية يعدّ مخالفة للقانون}.

← قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 1984/07/09 فَصلاً في الطّعن رَقم 33719 (مَنشُور بالمَجلّة

القَضَائية، العَدَد 3/1989، الصّفْحَة 51) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : متى كان من المقرّر فقْها وقضاء أنّ مرض الموْت الذي يُبْطلُ التّصرّفَ هو المرضُ الأخيرُ إذا كان خطيراً ويَجُرُّ إلى الموْت، وبه يَفْقِدُ المتصرّفُ وَعْيَهُ وتمْييزَه، فإن القضاء بما يُخالف أحْكام هذا المَبْدَأ يعدّ خرْقا للقواعد الفقْهية المسْتمدّة من أحْكام الشّريعَة الإسْلاميّة والاجْتهاد القضائي السّائد بخصوص هذا الشّأن.

إذا كان الثابت أنّ الطّاعنين لمْ يستطيعوا إثبات أنّ البائع لمْ يكنْ يملْك تمْييزه ولا صحّة إدْراكه وقْت تصرّفه، وأنّ المرض الأخير الذي اعتراه أدّى إلى تصرّف باطل، فإنّ قضاة المَوْضُوع اقتنعوا بما لهم منْ أدلّة بكوْن المرض الأخير لمْ يكنْ مرضا منْ شأْنه أنْ يُفْقد المتصرّفَ مراقبةَ أمواله، وقدْ وُفّقوا فيما قضوْا به في النّزاع المطْروح أمامهم}.

← قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1984/10/22 فَصلاً في الطّعن رَقم 31833 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضَائية، العَدَد 3/1989، الصّفْحَة 65) وَقَد جَاءَ فيه : {إذا كان من الثابت أنّ النّزاع في قضية الحال يتعلّق بعقْد هبة، وأنّ الطّاعنات دفعْن بأنّ وَالِدهُنّ، الواهب، كان أثناءَ تصرّفه لا يتمتّعُ بقواه العقْلية، ولقد كان على قضاة الاستئناف التّصدّي لهذا الادّعاء والعمل على إثباته أوْ نفيه، فإنهم باعتمادهم على المدّة الفاصلة بين يوْم الهبة وموْت المورّث في صحّة التّصرّف، وإهمالهم الجواب على البتّ في هذا الدّفع والقضاء بصحّة الهبة، عرّضوا ما قضوا به للنّقض بسبب نقْص البيان والتعليل بما فيه الكفاية، الأمْر الذي لا يتحقّق معه للمجْلس الأعْلى مراقبة تطْبيق أحْكام الشّريعَة والقانون}.

← الهبةُ لما بعْدَ الموْت تُعتبَرُ وَصيّةً (المَادّة 777 من القانُون المَدَني) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1998/03/17 فصلاً في الطّعن رَقم 186058 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضَائية،

العَدَد 1/1999، الصَّفحَة 119) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المقرر أنّ «الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنّها لا تُنفذُ إلا بموت الواهب، وتأخُذُ حُكمَ الوصيّة، وأنّه لا وصيّة لوارثٍ إلا إذا أجازها الورثة». ولما كَانَ الثّابتُ، في قضيّة الحَال، أنّ الواهبَ وهَبَ العقارَ موضوع النّزاع إلى الطّاعنةِ زوجته بشرطِ نقلِ الملكية إلى ما بعد الموت، ومِنْ ثمّ فإنّ النّعي على القرَارِ المطعُونِ فيهِ بالخطأ في تَطبيقِ القَانُون غيرُ وجيه. ولما قرّرَ المجلسُ إبْطالَ الهبة واعتبارها وصيّةً فإنّه التزمَ صحيحَ القانون}.

➜ وأيْضًا (الهبةُ المضافةُ لما بعدَ الموْت تُعتبَر وصيةً، ولا وصية لوارث) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/03/13 فَصْلاً في الطّعْن 179724 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 277).

➜ وأيْضًا (الْهبة في مرض الموْت تعتبر وصيّة) قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1998/06/16 فَصْلاً في الطّعْن 197335 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 281).

➜ وأيْضًا (الْهبة في مرض الموْت تعتبر وصيّة) قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1999/03/16 فَصْلاً في الطّعْن 219901 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 287)، وجاء في القرار أنّ (قضاة الموْضوع رفضوا دعْوى الطّاعن [الرّامية إلى جعْل الهبة بمثابة وصيّة] على أساس أنّ العقد التّوثيقي لا يمْكن إبْطاله إلاّ في حالة الطّعن بالتّزوير مع أنّ الدّعوى كانتْ ضدّ التّصرّف الذي أقامه الواهب وليْس ضدّ شكْليّة العقْد، ورغْم ثبوت أنّ الهبة موْضوع النّزاع كانتْ في مرض الموْت فعلاً).

الْمَادّة 205 :

يَجُوزُ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَهِبَ كُلَّ مُمْتلَكَاتِهِ أَوْ جُزْءًا مِنْهَا عَيْنًا، أَوْ مَنْفَعَةً، أَوْ دَيْنًا لدَى الْغَيْر.

❖ المحلّ : يجبُ أنْ يكونَ الشّيْءُ الموْهُوبُ موْجودًا، وممْلوكًا للواهب قابلاً للتّقويم والحيازة، حتّى ولوْ كانَ مالاً مُشاعا.

← قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2010/07/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 572205 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2010، الصّفْحَة 272) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يجوز قانونا للواهب أنْ يهب كلّ ممْتلكاته قيْد حياته}، وفي قضية الحال فإنّ الواهبَ قد تصرّف في ممْتلكاته قيْد حياته فوهبَها لأولاده ما عدا واحدًا منهم، فرَفَع هذا الأخيرُ دعوى لإبْطال عقود الهبة، وقد رُفضت دعواهُ من طرف قضاة المَوْضُوع كما رَفَضت المحكمةُ العليا طعْنه اسْتنادا إلى أحْكام الْمَادّة 205 من قَانُون الأُسْرَة.

← الاسْتثناءُ عنْ هبَة كلّ المْتلكات = حسب نص الْمَادّة 123 من هذا القانون إذا كانت الهبة للمكْفول فإنها لا تتجاوز الثلث إلا بموافقة الورثة (انظر قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/05/12 فَصلاً في الطّعن رَقم 620402 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2011، الصّفْحَة 283) المذكور على هامش الْمَادّة 123 قبله).

← هِبَةُ حَقِّ الانتِفَاع = قرار المحكَمَة العُليَا الصّادر عن الغرفة العقارية بتَاريخ 2013/11/13 فصلاً في الطّعن رَقم 0803432 (منشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2013، الصّفْحَة 326) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يجوز للواهب الاحتفاظُ بحقّ الرّقبة وهبةُ حقّ الانتفاع فقط، لجواز اكتساب حقّ الانتفاع بالتّعاقد}.



المادّة 206 :

تنعقدُ الهبةُ بالإيجابِ والقبولِ، وتتمُّ بالحيازةِ، ومراعاةِ أحكامِ قانونِ التوثيقِ في العقاراتِ والإجراءاتِ الخاصّةِ في المنقولاتِ.

وإذا اختلَّ أحدُ القيودِ السّابقةِ بطلتِ الهبةُ.

❖ الصّيغةُ والحيازةُ والتّوثيقُ : (اشتراط قبض الشّيْء الموْهوب).

← القانونُ المدَني القديم (الفرنسي) الذي كان ساري المفعول في الجزائر إلى غاية 1975 كان يتطلّبُ تسْجيلَ عقْد الهبَة لدى الموثق (المادّة 931 منه) = قرار المَحكمَة العُليَا الصّادر عنْ غرفَة الأحوال الشّخصيّة بتَاريخ 1992/02/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 81376 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 4/1993، الصّفْحَة 88) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : مِنَ المُقَرّر قَانُونًا أنه يتوجّب تسْجيل العقود المنظّمة للهبة لدى موثق رسْمي تحت طائلة البطْلان لأهمية هذه العقود، لتكون حجّة بين أطرافه وإزاء الغيْر، ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أنّ قضاة المجلس قضوْا بصحّة العقد العرفي الواقع سنة 1957 فإنهم بذلك تجاهلوا تَطبيق القَانُون المدني القديم السّاري العمل به، ولمْ يأخذوا في الاعتبار إعلان تراجع الواهب عن تصرّفه}.

← الحيَازَةُ شَرْطٌ لِصِحّةِ الهِبَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأسْرَة بتَاريخ 1986/04/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 40457 والمَنشُور بمَجلّة المَحكمَة العُليَا في عَددهَا رَقم 2/1989 الصّفحَة 72، وَقد جَاءَ فيه ما خلاصته : {من المبادئ المسْتقرّ عليها في أحكام الشّريعَة الإسْلاميّة أنّ حيازة الموْهوب له للمال تُعدّ شرْطا لصحّة عقْد الهبة. وتأسيسا على ما تقدّم يسْتوْجب نقْض القرار الذي يقْضي بصحّة الهْبة اسْتنادا على التّصريح الوارد بالعقد المتمثل في انتقال الحيازة إلى الموْهوب له دون التأكّد منْ وقوع الحيازة

الفعلية} ، وجاء في صلب القرار أنّ المجلس لمْ يُجبْ على الدّفع المتعلّق بعدم حيازة المطْعون ضدّه للقطْعة الأرضية الموْهوبة له، وأنّ الواهب بقي يحوز القطْعة المذْكورة إلى حين وفاته في الوقْت الذي كان الموْهوب له مهاجرا بفرنسا.

← تحْريرُ عقْدِ الهبَةِ بحُضُورِ شاهدَيْنِ وُجُوبًا = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عنْ الغرفة المدنية بتَاريخ 2007/11/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 389338 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2008، الصّفْحَة 159) وَقد جاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : يَشْتَرِطُ القانونُ تحْريرَ عقْد الهبة وجوبًا تحت طائلة البطْلان بحضور شاهديْن (الْمَادّة 324 مكرر 3 من القانُون المَدَني}.

◄ الْمَادّة 324 مكرر 3 من القانُون المَدَني : (تعديل بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005) يتلقّى الضّابط العمومي، تحْت طائلة البطْلان، العقود الاحْتفائية، بحضور شاهديْن.

الْمَادّة 207 :
إذا كَانَ الشّيْءُ الموْهُوبُ بيَدِ الموْهُوبِ لهُ قبْلَ الْهبَةِ يُعتَبَرُ حيَازَةً، وإذا كانَ بيَدِ الغيْرِ وَجَبَ إخبَارُهُ بهَا ليُعْتَبَرَ حَائزًا.

❖ المحَلُّ (الْحيَازة) :

◄ الموْهوب له البالغ يحوز بنفْسه، فإنْ كان قاصرا أوْ محْجورا عليه يحوز عنْه وليّه (الْمَادّة 210 بعده).

← = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادِر عنْ الغُرفَة المَدَنيّة بتَاريخ 1995/06/07 فَصلاً في الطّعن رَقم 121664 والمَنشُور بمَجَلّة المَحكَمَة العُليَا في عَدَدهَا رَقم 1/1995 الصّفحَة 111 وَقد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقَرَّر قَانُونًا أنه إذا كان الشّيْء الموْهوب بيد الموْهوب له قبل الهبة اعتبر حائزا، وإذا كان بيد الغيْر وَجَبَ إخْباره بذلك. ومن ثمَّ

فإن قانون الأسْرَة لمْ يحـدّدْ للحيـازة مـدّة معيّنـة، وأنّ قضـاة المجلس كانوا على صواب عندما قضوْا بصحّة عقْد هبة العقار كليا باعتبار الموهوب لها كانت تعيش مع الواهب في المنزل محلّ الهبة، وبالتالي فلا مجال هنا لتطبيق الْمَادّة 208 من قانُون الأسْرَة}.

الْمَادّة 208 :

إذا كانَ الوَاهِبُ وَلِيَّ الموْهُوبِ لهُ، أَوْ زوْجَهُ أَوْ كانَ الموْهُوبُ مُشَاعًا فانّ التّوْثيقَ والإجْرَاءَاتِ الإدَاريّةِ تُغْنِي عن الحيَازَة.

❖ الحيَازة (تابع) : تصحّ الهبة للولد وللزّوْج.

← قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/04/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 264468 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2002، الصّفْحَة 320) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : تعتبر الْهبة بيْن الزّوْجيْن حال قيام الحياة الزّوجية لازمة منْذ صدورها ولوْ لمْ تتمْ فيها الحيازة، كما لا يجوز الرّجوع فيها أوْ إبْطالها بعد وفاة الزّوْج}.

← قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2002/02/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 273529 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2003، الصّفْحَة 289) وَقَد جَاءَ في حيثياته : «ومنْ جهة ثانية فإنّ الموْهوب لها هي بنْت الواهب ممّا يجْعل الرّعاية المعنويّة عليها من قبل الأب مفْترضة وبذلك يكون التّوثيق والإجْراءات الإدارية تغني عن الحيازة طبْقا للمادّة 208 من قَانُون الأُسْرَة».

الْمَادّة 209 :

تَصِحُّ الْهِبَةُ للْحَمْلِ بشَرْطِ أَنْ يُولَدَ حَيًّا.

الْمَادّة 210 :

يَحُوزُ الموْهُوبُ لَهُ الشَّيْءَ بِنَفْسِهِ أَوْ بوَكِيلِهِ.

وإذا كانَ قاصرًا، أَوْ محْجُورًا عليْه يتولّى الْحيَازةَ مَنْ يَنُوبُ عَنْه قانُونًا.

❖ الحيازةُ رُكْنٌ في الْهبة. وبتمام الحيازة والقبْض تنْتقل ملْكيّة الشّيْء الموْهوب للمَوْهوب له.

الْمَادّة 211 :

للأَبَوَيْنِ حَقُّ الرُّجُوعِ في الْهبَةِ لوَلَدِهِمَا مَهْمَا كَانتْ سِنُّهُ إلاّ في الحَالات التّالية :

1.إذا كانتِ الْهبةُ منْ أَجْل زواجِ الموْهوبِ له،
2.إذا كانتِ الْهبَةُ لضمَانِ قرْضٍ أَوْ قضَاءِ ديْن،
3.إذا تصرّفَ الموْهُوبُ لهُ في الشّيْءِ الموْهوبِ ببيْعٍ، أَوْ تبرُّعٍ منْهُ أَوْ أدْخَلَ عليْه ما غيَّرَ طَبيعتَهُ.

◄ الأصلُ أنّ الهبة بعد توافر شروطها لا رجوع فيها باسْتثناء حق الأبوين (الأب والأم فقط)، ويسمّى باعْتصار الهبة، عملا بالحديث الشريف : {لا يحلّ لواهبٍ أن يَرجع في هبته إلاّ فيما يهبُ الوالدُ ولدَه}.

❖ ويضافُ إلى حالات عدم إمكانية الرجوع أن يَهْلَكَ الشّيْءُ الموْهوب، وكذا بوفاة أحد العاقديْن، لأنه بوفاة الموْهوب له فإن الملكية تنتقل إلى ورثته ولا سبيل للواهب في مواجهتهم، وأيْضًا بوفاة الواهب فإن ما ينْتقل لورثته هو أمْواله غيرَ تلكَ التي تمّت هبتُها، فلا صفة لهم للرّجوع في الهبة.

➔ الأبُ حرٌّ في تَراجُعِهِ عن الهِبَة = قرَار المَحكمَة العُليَا الصّادِر عنْ الغُرفَة المدنية بتَاريخ 1999/03/17 فَصلاً في الطّعن رَقم



177428 والمنشور بمجلة المحكمة العليا في عددها رقم 2/2000 الصفحة 81 وقد جاء فيه : {المبدأ : من المقرر قانونا أنه للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما. والمستفاد من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعن الرامية إلى التراجع عن هبة وقعها لفائدة ابنته حول إيجار محل تجاري بحجة عدم إثبات المناورات التدليسية التي أحاطت بهذا التنازل، هو تعليل خاطئ، لأن المادة 211 من قانون الأسرة لا تشترط إثبات التدليس أو المناورات الاحتيالية خلال التنازل لإلغاء الهبة بل تترك للواهب الحرية التامة للتراجع عن هبته ما عدا الحالات الواردة في نفس المادة}.

← ليس للأخ (الواهب) حق الرجوع = قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2006/02/15 فصلا في الطعن رقم 328682 والمنشور بمجلة المحكمة العليا في عددها رقم 1/2006 الصفحة 237 وقد جاء فيه : {المبدأ : للأبوين دون غيرهما حق الرجوع في الهبة لولدهما}.

← تراجع الأبوين عن الهبة لا يشترط أن يكون عن طريق دعوى قضائية = قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرف مجتمعة بتاريخ 2009/02/23 فصلاً في الطعن رقم 444499 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 1/2009، الصفحة 107) وقد جاء فيه : {المبدأ : القانون لم يحدد الإجراء الواجب اتباعه من قبل الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في الهبة لولده، ومن هنا يكفي لصحة هذا الرجوع باعتباره من الأعمال الإرادية مراعاة الشكل الذي تمليه طبيعة المال الموهوب ودون اشتراط اللجوء إلى القضاء}.

❖ وهو تأكيد لموقف المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة شؤون الأسرة بتاريخ 1997/09/30 فصلاً في الطعن 169391 (مجلة المحكمة العليا، عدد خاص باجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، 2001، الصفحة 274).

← لا تُرفَضُ دَعْوَى التراجُع عن الهبَة إلاّ بعْدَ معْرِفة أسْبَاب التراجُع = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2000/11/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 252985 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2001، الصّفْحَة 287) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : للأبويْن حقّ الرّجوع في الهبة في حالات محْصورة قانونا. وإنّ القضاء برفْض دعْوى الواهب فيما يخصّ الرّجوع في الهبة دون التعرّف على الأسْباب الحقيقية للتراجع، والتّأكّد منْ أنّ المطْعون ضدّه تصرّف في المال الموْهوب، يجْعل القرار معيبا بالقصور في التّسْبيب.

وجاء في حيثيات القرار : {حيث كان على قضاة المَوْضُوع التّعرّف على الأسْباب الحقيقية التي دفعت (الأب) إلى التّراجع عن عقْد الهبة، ومحاولة الصُّلْح بينهما قصد إبْعاد التّعسّف من جهة الطّاعن وتجنّب العقوق من طرف المطْعون ضدّه، إضافة إلى أنّ قضاة المَوْضُوع لمْ يتأكّدوا من معْرفة ما إذا كان المطْعون ضدّه قد أدخل فعلا ما غيّر طبيعة الأرْض مَوْضُوع الهبة من بناءٍ وغيْره ولا (ليس) عن الأسباب التي منعت الطّاعن من منع المطْعون ضدّه من إحْداث أيّ تغيير في العقار الموْهوب، وعليه فالأوْجه مؤسّسة}.

← النّصّ يشْمَلُ الابْنَ وابْنَ الابْنِ = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2001/02/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 252350 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2002، الصّفْحَة 308) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : إنّ الرّجوع في الهبة يشْمل الابْن وابْن الابْن التّابع لأبيه ما لمْ يحصلْ أيّ مانع من الموانع المنْصوص عليها في المَادّة 211 من قَانُون الأُسْرَة}.

← النصُّ لاَ يَشْمَلُ الجدَّ والجدَّة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2010/07/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 554347 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2010، الصّفْحَة

255) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : المقصود، حسب الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، بكلمة الأبوين الواردة في الْمَادّة 211 من قَانُون الأُسْرَة الأب والأم فقط ولا تشْمل الجدّ والجدّة. لا يحق للجدّة الواهبة التّراجع عنْ هبتها لحفيدها}.

← لا رُجُوعَ إذا تصرَّفَ الولَدُ الموْهُوبُ له في الشَّيْءِ الموْهُوب (1) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2005/05/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 330258 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 1/2005، الصّفْحَة 377) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا يجوز للأبويْن الرّجوع في الهبة إذا تصرّف الولد الموْهوب له في الشّيْء الموْهوب}، وفي قضية الحال فإن الموْهوب له تصرّف في الشّقّة الموْهوبة له من طرف والده بأنْ وهبها لزوْجته قبل رفْع دعْوى الرّجوع.

← لا رجوعَ إذا تصرّف الولدُ الموْهوب لَهُ في الشّيْء الموْهُوب (2) = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغُرفَة المدنية بتَاريخ 1998/03/11 فَصلاً في الطّعن رَقم 153662 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/1997، الصّفْحَة 69) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : مِنَ الْمُقرَّر قَانُونًا أنه "لا يحقّ للوالديْن الرّجوع في الهبة لولدهما إذا تصرّف الموْهوب له في الشّيْء الموْهوب ببيْع أو تبرّع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غيّر طبيعته". لما كان من الثابت في قضية الحال أنّ قضاة الاسْتئناف برفْضهم دعْوى الطّاعنة لكوْنها، من جهة، لم تثبت وجود التزْوير الذي ادّعتْ به في عقْد الهبة، ومن جهة أخْرى، أنّ المطعون ضدهما قد أدْخلا على المال الموْهوب أعْمالا غيّرتْ في طبيعته، وهذا يُسْقط للطّاعنة حقّها في التّراجع عن الهبة، ومن ثمّ فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا قد سبّبوا قرارهم تسبيبا كافيا وطبّقوا القانون تطْبيقا سليما}.

← لاَ رُجُوعَ لغيْرِ الأبَوَيْنِ في الهبَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغرفة المدنية بتَاريخ 2007/03/21 فصلاً في الطّعن رَقم

357544 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2007، الصّفْحَة 255) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : ليْس للجدّة حقّ الرّجوع في الهبة، فهو حقّ مقرّر للأبويْن فقطْ}، وفي قضية الحال فإنّ الجدة وهبتْ لحفيدتها مسْكنا بموجب عقد توثيقي في 1998 ثُمّ تراجعت عنها بعقد توثيقي ثان في 2002، وقضاة المَوْضُوع رفضوا الحكْم بإبْطال عقْد العدول على أساس أنّ الجدّة تعتبر بمثابة الأمّ، ولكنّ المحكمة العليا اعْتبرتْ أنّ ذلك التفْسير غيْر صحيح وأنه «لا يمْكن اعتبار الجدّة بمثابة الأم، فحقّ الرّجوع في الهبة منحه المشرّع للأبويْن وفقط».

➔ لا تَرَاجُعَ بيْنَ الزّوْجَين عَن الهبَة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2010/09/16 فَصلاً في الطّعن رَقم 577191 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2010، الصّفْحَة 281) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا يجوز التّراجع عن الهبة بين الزّوْجين}. وجاء في حيثيات القرار :

«حيث متى قام قضاة المجلس بإلْغاء الحكْم المستأنف بكامله والذي قضى بالإشْهاد للمدّعي بتراجعه عن الهبة بكاملها التي كانت قد استفادت منها زوْجته وابْنتاه القاصرتان، دون أنْ يقوم قضاة الاستئناف عند إلغائهم للهبة بوضع التفرقة بين ما هو موْهوب للزّوْجة الذي لا يجوز التراجع فيه وبين ما هو موْهوب للبنْتين القاصرتين والذي يجوز التراجع عنه، فإنّ قضاءَهم الذي قضى بإلغائهم لعقْد الهبة المحرّر بتاريخ 2003/05/17 بأكمله يجعل من قرارهم المنتقد مشوبا بالْخطأ في تطْبيق القانون، الأمْر الذي يستوْجب نقض القرار محل الطعن».

➔ لا رُجُوعَ إذا ماتَ الواهبُ أثنَاءَ سيْر دعْوَى الرّجُوع في الهبة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2006/06/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 367996 (مَنشُور بالمَجلّة

القَضَائية، الْعَدَد 1/2007، الصَّفْحَة 479) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا حقّ للورثة، بعد وفاة الواهب، أثناء سيْر دعْواه الرّامية إلى إبْطال الهبة، في إعادة السّيْر بالقضية والتّمسّك بإبْطال عقْد الهبة الصّادر من الواهب، لأنّ حقّ الرّجوع في الهبة مقرّر للأبوين فقط}، وفي قضية الحال كان قضاة المَوْضُوع قد قبلوا إعادة السّيْر في الدّعوى بعد وفاة مورّثهم أثناء سيْر الدّعْوى على مستوى المحكمة، وقضوا بإبْطال عقْد الهبة مَوْضُوعا، وقد قضت المحكمة العليا بنقْض القرار بناء على هذا الوجه المثار تلقائيا من طرفها.

➜ لا رجوعَ إذا ماتَ الولدُ الموْهُوبُ لَه = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/03/10 فَصلاً في الطّعن رَقم 613091 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2011، الصَّفْحَة 278) (اجتهاد ممتاز) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا يملكُ الواهبُ وفقاً للشّريعَة الإسْلاميّة حقّ الرّجوع عن الهبة بعد وفاة ولده الموْهوبِ له}. وفي قَضيّة الْحَال فإن الواهبة أبرمت عقدَ هبةٍ لولديْها بتاريخ 1967/02/27، وبعْد وفاة أحدِهما في 1977/08/03 فإنها قامت بتاريخ 1995/11/13 بإبرام عقدِ هبةٍ جديدٍ حول العقار نفسِه فقضى قضاةُ المَوْضُوع بإبْطال عقْد الهبة الثاني وأيّدتهم المحكمةُ العليا على أساس أنّ الواهبَة لمْ يعدْ من حقّها الرّجوع في الهبة بعد وفاة ابْنها الموْهوب له لأنّها لمْ تعدْ تملك الشّيْء الموْهوب. وأكّدت ذلك في قرَارها الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2012/06/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 692316 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضَائية، الْعَدَد 2/2012، الصَّفْحَة 261) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا يجوز للأصْل الواهب الرّجوع عن الهبة بعْد وفاة الموْهوب له}. وجاء في القرار :

" حيثُ أنه قد ثبتَ من ملفّ الطّعن بالنّقْض الحالي، أنّ الموْهوبَ له المدْعو (ق.ح) قد توفي بتاريخ 2008/04/05 في حين أنّ

عقدَ الرّجوع عن تلك الهبة من قِبَلِ الواهبةِ السيّدة (ز. ذ) لمْ يتم تحريره إلاّ بتاريخ 2008/07/01 وذلك بعد وفاة الموهوب له ؛

وحيث أنّ الشيْء الموْهوبَ كان قد انتقلَ بعد وفاة الموْهوب له (ق.ح) بتاريخ 2008/04/05 إلى ورثته، ومن ثمَّ فإنه لا يجوزُ لوالدته الواهبة الرّجوع عن الهبة المتعلّقة به وانتزاعه منْهم، وذلك لثبوت حقّهم فيه بالميراث، ولأنّ حقّهُم فيه قد أصْبح أقْوَى من حقّها في الرّجوع عنه، وبالتّالي فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكْم المستأنف القاضي بإبْطال عقد الرّجوع عن تلك الهبة، استنادا فقطْ إلى أحْكام الْمَادّة 211 من قانون الأُسْرَة يكونون قدْ خالفوا القانون، لاسيما أحْكام الْمَادّة 127 من القانون المذكور، الأمْر الذي يجْعلُ هذا الوجْه مؤسّسا.".

الْمَادّة 212 :
الْهبَةُ بقَصْدِ المَنْفَعَةِ العامّةِ لا رُجُوعَ فيهَا.

الْفصْلُ الثَّالثُ - الْوَقْفُ

Des biens de mainmorte (waqf)

يُراجَع القانونُ رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 والمتعلّق بالأوْقاف (جريدة رقم 21).

- المعدّل بالقانون 01-07 المؤرّخ في 22 مايو 2001 (جريدة رقم 29)

- وبالقانون 02-10 المؤرّخ في 14 ديسمبر 2002 (جريدة رقم 83)

ونصوصه التّطْبيقيّة :

- المرْسوم التّنفيذي 98-381 المؤرّخ في 01 ديسمبر 1998 (جريدة رقم 90).

- المرسوم التنفيذي 2000-336 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 (جريدة رقم 64) يتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوبة لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها.

- المرسوم التنفيذي 03-51 المؤرخ في 04 فبراير 2003 (جريدة رقم 8) ويحدد كيفيات تطبيق أحكام الْمَادّة 8 مكرر من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف.

- المرسوم التنفيذي 14-70 المؤرخ في 10 فبراير 2014 (جريدة رقم 9).

الْمَادّة 213 :

الوَقْفُ حَبْسُ المالِ عن التّملُّكِ لأيِّ شَخْصٍ على وَجْهِ التّأْبيدِ والتّصَدُّق.

❖ الوَقْفُ أو الحُبُس نظامٌ إسلامي، وهو تصرّفٌ تعبُّديّ أرْشَدَ إليه رسولُ الله صلى الله عليه وسلم، وهو سنّةٌ عَمِلَ بها الصّحابةُ والتّابعُون، واسْتمرّ العملُ بها من طرفِ المسْلمين إلى اليوْم، ومفادُهُ جعْلُ منْفعة الشّيْء (عقارًا كان أوْ منْقولاً) مدّة بقائه إلى الجهة التي يُحددُها المحبّسُ، منْ باب التصدّقِ والتقرّبِ إلى الله، مع بقاء ملْكيته لصاحبه ولوْ حُكْمًا.

والوقْف نوْعان : عامّ وخاصّ، كما جاء في الْمَادّة 6 من قانون الأوقاف رقم 1991-10 :

أ- الوقْف العامّ ما حُبِّسَ على جهات خيْرية من وقْت إنْشائه.

ب- الوقْف الخاصّ وهو ما يحبّسه الواقف على عقبه من الذّكور والإناث أوْ على أشْخاص معيّنين ثُمَّ يؤول إلى الجهة التي يعيّنها الواقف بعْد انْقطاع الموْقوف عليْهم.

❖ كما عرّفَته الْمَادّة 3 من قانون الأوقاف رقم 1991-10 بأنه {هو حبس العين عن التّملّك على وجْه التّأْبيد والتّصدّق بالمنْفعة على الفقراء أوْ على وجْهٍ من وجوهِ البرِّ والخيْر} ، وأضافت الْمَادّة 4 منه بأنّ {الوقْف عقْد التزام تبرّع صادر عنْ إرادةٍ منْفردة}.

❖ المالُ الوقْفُ مَنَحَهُ المشرّع الشّخْصيّة المعْنويّة وفْقا لنصّ الْمَادّة 49 من القانُون المَدَني، وبَيَّنَتْ ذلك الْمَادّة 5 من قانون الأوقْاف رقم 1991-10 بقولها : {الوقْف ليْس ملْكا للأشْخاص الطّبيعيين ولا الاعْتباريين، ويتمتّع بالشّخْصية المعْنوية، وتسْهر الدّوْلة على احْترام إرادة الواقف وتنْفيذها}.

❖ للوقْف أرْبعة أرْكان (الْمَادّة 9 من قانون الأوقاف رقم 1991-10) : ① الوَاقِفُ أو الْمُحَبِّس، ② الموْقُوفُ أو المحَبَّس، ③ الموْقُوفُ عَليْه أو المحبَّسُ عليه، و④ الصّيّغَة (الإيجاب فقطْ من طرف المحبِّس).

← قانون الثّورة الزّراعيّة لا يسري بأثرٍ رجعي = قرار المحكمة العُليا الصّادر عَنْ غُرفة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 1984/12/03 فصلاً في الطّعن رَقم 30954 (مَنشور بالمجلّة القضائية، العَدد 1984/4، الصّفْحَة 82) وَقد جاءَ فيه : {الْمَبْدأ : مَتى كَانَ من المُقرّر شرْعًا أنّ صحّة وإبْطال عقْد الحبس يخْضع لأحْكام الشّريعَة الإسْلاميّة وتطبّق بشأنه القواعد الفقْهية المسْتمدّة من أحْكامها، ومن المقرّر أيْضا أنّ القانون لا يسْري إلاّ على ما يقع في المسْتقبل ولا يكون له أثر رجْعي، ولذا فإنّ القضاء بخلاف ذلك يعدّ خرْقا لأحْكام الشّريعَة الإسْلاميّة ولقاعدة عدم تطبيق القانون بأثر رجعي. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ عقْد الحبس المؤرّخ في 1968/06/11 قد أُبْطل من طرف قضاة الاسْتئناف تأْسيسا على أحْكام قانون الثورة الزراعية الصادر في 1971/11/08، وقضوْا بعدم قبول إعادة القضية بعد الخبْرة، فإنّهم بقضائهم هذا خرقوا قواعد فقهية مسْتمدّة من أحْكام الشّريعَة الإسْلاميّة، تنظّم صحّة وإبْطال الحبس من جهة، كما خرقوا قاعدة قانونية تتعلّق بعدم رجْعية القوانين من جهة أخْرى}.

← لا تنْطبقُ على الْحُبُس أحْكَامُ الْمَادّة 12 من قانُون التّوْثيق، ولا تَسْرِي عليْهِ أحْكَامُ قَانُونِ الأُسْرَة بأثرٍ رجْعي = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1999/11/16 فَصلاً في الطّعن رَقم 234655 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، الْعَدَد 2001/1، الصّفْحَة 268) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : إنّ الحُبُس يُعتبر من أعمال التّبرّع ولا تطبق عليه أحكام الْمَادّة 12 من قانون التّوثيق. وإن القضاء بإلغاء الحُبس الذي أقامه الطّاعن (بتاريخ 1973/01/01) على المذهب الحنفي قبل صدور قَانُون الأُسْرَة والذي يُجيز للبنات حقّ الانتفاع فقط، بحجّة عدم إفراغه في الشّكل الرّسمي يُعدّ خطأ في تَطبيق القَانُون}.

← لا تُطبَّقُ أحْكَامُ التَّقَادُمِ فِي مُوَاجَهَةِ الحُبُس = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصَّادر عَنْ غُرفَة الأحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 2009/02/11 فصلاً في الطّعن رَقم 478951 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2009، الصّفْحَة 283) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : لا تقادم في الحبس}، وفي دعْوَى الحال رُفعت دعْوَى بطلان عقْد بيْع رسْمي وقع على أرْض محبّسة وتمسك المدّعَى عليه بتقادم دعْوى البطْلان ولكن قضاة المَوْضُوع لم يسايروه وحَكموا ببطْلان البيْع وأيّدتهم المحْكمة العليا.

← الوَقْفُ على المَذْهَبِ الحَنَفِي (قبْل صدور قَانُون الأُسْرَة) يُجيزُ حِرْمَانَ البَنَاتِ مِنَ الإرث = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغرفة العقارية بتَاريخ 2001/04/25 فَصلاً في الطّعن رَقم 205468 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 2/2002، الصّفْحَة 382) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : لا يحقّ للطّاعنات المطالبة بحقوقهنّ الميراثية تطْبيقا لعقْد الحبس المحرّر وفْقا للمذْهب الحنفي (محرر في 1867/10/01)}، أي أنّه تطْبيقا لعقد الحبس المحرّر وفقا للمذْهب الحنفي لا يحقّ للطاعنات المطالبة بحقوقهن الميراثية كما جاء في حيثيات القرار.

← حقّ المحبِّسِ في الأخْذِ بأيّ مذْهَبٍ إسْلامِي = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغرفة العقارية بتَاريخ 1986/02/24 فَصلاً في الطّعن رَقم 40589 (مَنشُور بالمَجلّة القَضائية، العَدَد 1/1989، الصّفْحَة 118) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : إذا كانت مبادئ وأحْكام الشّريعة الإسْلامية تقْضي بخضوع عقْد الحبس لإرادة المحبّس الذي يجوز له أنْ يأْخذ بالشّروط المعمول بها في أيّ مذْهبٍ من المذاهبِ الإسْلامية، فإنّ مخالفة هذه المبادئ تقْتضي بطلان ما يرتّبُ عليها من أحْكام مخالفة. وعليه، يستوجبُ النقضَ القرارُ الذي يقضي بإبطال عقد الحبس لخروجه عن القواعد المعمول بها في المذهب المالكي، مخالفا بذلك القاعدة الشرعية التي توجب احترام إرادة المحبّس}.

← قِسمَةُ الاستغلالِ أو الانتفاع (نعم) = قرار المَحكمَة العُليا الصادر عنْ الغرفة العقارية بتاريخ 2007/02/14 فصْلاً في الطّعن رَقم 393937 (مَنشُور بالمَجلّة القضائية، العَدد 2/2007، الصفْحَة 423) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : تجوز قسْمة الاستغلال أو الانتفاع بين المستفيدين منْ عقد الحبس، ولا تجوز القسْمة النّاقلة للملْكية}.

← لا تجوزُ القِسمَةُ النّاقِلَةُ للملْكيّة = قرار المَحكمَة العُليا الصادر عنْ الغرفة العقارية بتاريخ 2013/03/14 فصلاً في الطّعن رَقم 752359 (مَنشُور بالمَجلّة القضائية، العَدد 1/2014، الصفْحَة 339) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : لا يجوز، شرْعًا وقانونا، قسْمة الأمْلاك المحبّسة قسْمةً ناقلةً للملْكيّة}.

← يجُوزُ وَقْفُ المِلْكيّةِ الشّائِعة = قرار المَحكمَة العُليا الصّادر عَنْ الغرفة العقارية بتاريخ 2010/05/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 600620 (مَنشُور بالمَجلّة القضائية، العَدد 2/2010، الصفْحَة 228) وَقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : يحقّ للمالك في الشّيوع تحْبيس نصيبه}.

← لا يجُوزُ التّراجُعُ عن الوَقْفِ عند جمهور فقهاء الإسْلام لأنّ ملْكية العيْن المحبّسة تخرج منْ يد المحبّس بموجب الحبس ذاته. غيْر أنّ المحْكمة العليا لمْ تسْتقر على اجتهادٍ ثابتٍ في الموضوع، وهو ما يتّضح من القرارات المذكورة أدناه :

◄ (اجتهاد أ) لا يَجُوزُ التراجُعُ عن الوَقف =

◄ = قرار المَحكمَة العُليا الصادِر عنْ الغُرفَة المَدَنيّة بتاريخ 1997/07/16 فَصلاً في الطّعن رَقم 157310 والمَنشُور بمَجلّة المَحكمَة العُليا في عَدَدها رَقم 1/1997 الصفْحَة 34 وَقد جاءَ فيه : {المَبْدأ : من المقرر شرْعًا وقانونا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو بالهبة أو بغيرهما. ولما تبين في

قضية الحال أن جهة الاستئناف تغاضت عن طلب الطاعن الأساسي الرامي إلى إبطال البيع الوارد على الأرض المحبّسة وراحت تصحح هذا البيع المفرغ في عقد الشهرة بالرغم من تعلّقه بأرض محبّسة فإن القضاة بقرارهم كما فعلوا يكونون قد أساءوا تطبيق القانون وخرقوا أحكام الشّريعة الإسلاميّة مما يستوجب نقض قرارهم}.

◄ وأيضًا = قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخصيّة بتَاريخ 2011/07/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 692342 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2011، الصّفْحَة 302) وَقَد جَاءَ فيه: {المَبدَأ: لا يجوز التراجع عن الوقف الصحيح باعتباره صدقة مؤبّدة}. وجاء في حيثيات القرار:

" حيث أنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية يتبين وأن الوقف في حالة صحته يصبح لازما عند فقهاء المَالِكيّة والشافعية والحنابلة، ولا يجوز للواقف الرجوع عنه، واختلفوا فقط في خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف، فالقائلون بخروجها مختلفون كذلك في دخولها في ملك الموقوف عليهم أو بقائها من غير مالك، أما فقهاء الحنفية فأبو حنيفة يرى بعدم لزوم الوقف وجواز الرجوع عنه، أما صاحبه أبو يوسف الذي قلّدته المحبسة في إبرام عقد الحبس فخلاف ما جاء في القرار المطعون فيه فيرى بلزوم الوقف كغيره من فقهاء الأئمة الثلاثة بعد أن تراجع عما كان يذهب إليه من رأي إمامه بعدم اللزوم، ومردّ هذا التراجع هو التقاؤه بالإمام مالك الذي أقنعه بمسألة لزوم الوقف كما روى ذلك الباجي في شرحه للموطأ، وهو نفس الرأي الذي انتهى إليه محمد بن الحسن من الحنفية وهو الرأي الذي أصبح معتمدا لدى فقهاء الحنفية وبه يفتى، ويقولون أن الوقف إسقاط ملك كالطلاق والإعتاق ولا يجوز الرجوع عنه، وبالتالي فطالما أن المحبسة في قضية الحال قد أوقفت المال محل الحبس على الطاعنة الكافلة لها

على وجه البر والإحسان مقلدةً مَن يرى لزوم الحبس من الفقهاء كالإمام أبي يوسف فإن هذا التصرف منها يعد صدقة مؤبدة ولا يجوز لها التراجع عن هذا الوقف بإجماع الفقهاء حسبما ذكر.

حيث أنه فضلا عن ذلك فإن ما ورد في عقد الحبس من اشتراط المحبسة لنفسها بشرط التبديل والتغيير والبيع عند الاحتياج الذي اعتمد عليه المجلس في قراره كسبب ثاني لجواز التراجع عن الحبس فإنه طالما أن الرأي المعتمد عليه في مذهب الحنفية في إبرام عقد الحبس فضلا عن رأي الأئمة الثلاثة أن الحبس متى وجد مستوفيا لأركانه وشرائطه أصبح لازما لا يجوز للواقف الرجوع فيه ولا لورثته من بعده ولو اشترط ذلك في عقد الحبس، وبالتالي فإن قضاة المجلس بقضائهم بجواز رجوع المحبسة عن الحبس الذي أبرمته لفائدة الطاعنة على وجه البرّ قد عرضوا قرارهم للنقض لانعدام الأساس القانوني، ويكون بذلك الوجه سديدًا".

◄ **(اجتهاد ب)** يجُوزُ التراَجُعُ عن الوَقْف = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغُرفَة المدنية بتَاريخ 1993/07/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 102230 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العْدَد 2/1995، الصّفْحَة 77، وأيضا بالْعَدَد 1/1998، الصّفْحَة 95) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : من المقرر فقها أن الحبس إذا كان معلقًا أو مضافًا جاز للمحبِّس (الواقِف) التراجُع عنه، وإن كان منجزًا (أيْ فوْري) فلا يجوز له ذلك. ومتى ثبت أن عقد الحبس، موضوع النزاع الحالي، كان معلقا لما بعد وفاة المحبسة (م ع)، فإن تراجعها بإبطالها له بعقد توثيقي، وتصرفها ببيع العقارات بعقود رسمية كان جائزا شَرْعًا، وعليه كان على قضاة الموضوع إبعاد عقد الحبس المعني، ورفض طلب المطعون ضدهما الرامي لإبطال عقد البيع الرسمي وطرد المشترين من العقار المحبس}.

◄ في قرارٍ للمحكمة العليا رأت أن الطّلاق يُعْتبر بمثابة تراجع عن الحبس المقرر للزوجة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غرفة الأحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 1998/05/19 فَصلاً في الطّعن رَقم 189265 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2000، الصّفْحَة 178) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لما تبيّن من قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بإبطال الحبس والقضاء من جديد برفض دعوى إبطال الحبس بحجة أن طلاق المطعون ضدّها (المحبّس عليها من طرف زوجها) لا يحرمها من الحبس، فإنهم أخطأوا في تَطبيق القَانون وخالفوا الشّريعَة لأن الزّوج المتوفَى أقام الحبس على زوجته من أجل أنها زوجة له ولم ينظر في هذا الحبس على أنه لذات المحبس عليها، وعليه فإن طلاقه لها يعتبر بمثابة تراجع عن هذا الحبس. (وكان النقض بدون إحالة)} **(وهذا التحليل تصعب متابعته-المؤلف).**

➜ لا يجُوزُ التّصرّفُ في الْعَقار المحَبَّس = قـرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2003/03/19 فَصلاً في الطّعن رَقم 297394 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/2003، الصّفْحَة 292) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا يجوز التصرف في العقار المحبّس}.

➜ لا يجُوزُ التصرفُ في العقَار المحبَّس = قرار المحكَمَة العُليَا الصّادر عن الغُرفَة العقارية بتَاريخ 2013/03/14 فصلاً في الطّعن رَقم 752359 (منشُور بالمَجلَة القَضَائية، العَدَد 1/2014، الصّفْحَة 339) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : لا يجوز، شَرْعًا وقانونا، قسمة الأملاك المحبّسة قسمة ناقلة للملكية}.

➜ لا يجوزُ التصرفُ في العقَار المحبَّس = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغرفة العقارية بتَاريخ 2010/01/14 فَصلاً في الطّعن رَقم 575463 (مَنشُور بالمَجلَة القَضَائية، العَدَد 2/2010، الصّفْحَة 222) وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : التّصرّف في أراضي الحُبُس بما يخالف إرادة

المحبّس باطل}، وفي قضية الحال كانت الطاعنة قد أعدّت عقد شهْرة في 1995 على أرض محبّسة بموجب عقد مؤرخ في 1932/06/11 ثُمَّ تصرّفت في قطعتين من ضمن الحبس بدعوى أن الأرض قد شملتها قسمة قضائية، وقد قضى قضاة المَوْضُوع بإبطال التصرفات وأيّدتهم المحكمة العليا.

← مِنْ صُوَرِ بُطلانِ الحُبُس = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغُرفَة المدنية بتَاريخ 2009/07/15 فَصلاً في الطّعن رَقم 499084 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العْدَد 2/2009، الصفْحَة 170) وَقَد جَاءَ فيه : {المْبْدَأ : الحبس يكون مؤبّدًا وغير قابل للتصرّف فيه بأيّ وجهٍ من أوجهِ التّصرّف طبقًا لأحكام الشّريعَة الإسْلاميّة}، وفي قضية الحال كان المحبّسُ قد أجازَ لنفسه ثُمَّ للمحبّس عليهم كلّ أنْواع التّصرّفات في العقار المحبّس كالبيْع والرّهن وهو ما اعتبرته المحكمة منافيا لأحكام الحبس في الشّريعَة الإسْلاميّة، ونقضت القرار المطعون فيه الذي اعتبر أن الحبس يخضع لإرادة المحبّس.

← مِنْ صُوَرِ بُطْلان الحُبُس = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغرفة العقارية بتَاريخ 2011/03/10 فَصلاً في الطّعن رَقم 636028 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العْدَد 2/2011، الصفْحَة 156) وَقَد جَاءَ فيه : {المْبْدَأ : لا يجوز التصرّف في أصل الملك الوقفي، بأية صفة من صفات التّصرّف، سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها}. وفي قضية الحال فإن عقد الحبس مؤرخ في 1964/07/04 والمحبّسة تصرفت في العقار المحبس حال حياتها سنة 1970 لشخص قام بدوْره بالبيْع لصالح الطّاعن الذي شيّد مسْكنا على الأرض، واعتبرت المحكمة العليا أن المحبّسة قد أبْطلت الحبس بتصرّفها، وجاء في حيثيات القرار :

«في دعوى الحال إنّ الواقفة قد تصرّفت حال حياتها لفائدة الغيْر بالقطعة الأرضية سنة 1970 وتوفيت سنة 1986 وذلك مسّ بجوْهر

الوقْف، ولا يُعتبَر شرْطاً في عقْد الحبس بخلاف ما جاء في تسبيب القرار محل الطّعن، فإنّ تصرّف والدة المطْعون ضدّهما أبْطل الوقْف خاصّة وإنّ هذا التصرّف منذ وقوعه أدّى إلى إنشاء حقوق لصالح الغيْر».

➔ بُطْلانُ الحُبُسِ المحرَّر بسُوءِ نيّةٍ لحِرْمَان أَحَدِ الوَرَثَة = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1997/09/30 فَصْلاً في الطّعْن 171658 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصيَّة، 2001، الصَّفْحَة 305) وقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه: {متى تبيّن في قضية الحال أنّ القرار المنتقد لمّا قضى بإلغاء الحكْم المستأنف والقضاء من جديد بصحّة الحبس الذي أقامه المحبّس على زوْجته وبناته وَحَرَمَ ابنَهُ الطّاعن من كلّ الاستفادة من الحبس المذكور فإنه عرّض قراره لانعدام الأساس القانوني والشرعي}، وجاء في صلب القرار أن (حِرمان ابنِهِ المذكور ليس من أعمال البرّ بلْ هو مخالف للشّريعة) فالمحكمة العليا اعتمدت على كون الحبس عمل تعبّدي لا يجوز أن يُتّخذَ لارتكاب معصية كقطع صلة الرّحم.

❖ الموْقِفُ ذَاتُهُ (بطلان الحبس المحرّر بسوء نيّة لحرْمان أحد الورثة) = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1999/11/16 فَصْلاً في الطّعْن 230617 (مَجلّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشّخْصيَّة، 2001، الصَّفْحَة 311).

➔ لا يَجُوزُ تحبْيسُ العَيْن التي سَبَقَ تحبْيسُهَا = قرَار المَحكَمَة العُلْيَا الصّادر عَنْ الغرفة العقارية بتَاريخ 2012/10/11 فَصلاً في الطّعن رَقم 714956 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2013، الصّفْحَة 298) وَقَد جَاءَ فيه: {المَبْدَأ: الحُبُسُ هو حَبْسُ العيْن عن التّملّك على وجْه التّأْبيد. لا يُمْكن للمحبّس بعدما صار غير مالك تحبيسُ نفس العيْن من جديد}.



← وأيضًا = قرار المَحكَمَة العُلْيا الصّادر عنْ الغُرفة المدنية بتاريخ 2010/04/22 فصلاً في الطعن رَقم 547662 والمَنشُور بمَجلّة المَحكَمَة العُليَا في عَددها رَقم 2010/2 الصّفحَة 151 وَقد جَاءَ فيه : {المَبْدأ : لا يجوز تحرير عقد شهرة على أرض محبّسة قصد تملّكها}.

الْمَادّة 214 :
يَجُوزُ للْوَاقِفِ أنْ يَحتَفِظَ بمَنْفَعَةِ الشّيْءِ المحَبَّسِ مُدّةَ حياتِهِ، على أنْ يكُونَ مآلُ الوَقْفِ بعدَ ذلكَ إلى الْجِهَة المعْنيّة.

← كان الاجتهادُ القضائي قبلَ صدور قانون الأُسْرَة يُجيز للمحبِّس الاعتمادُ على أحكام المذْهب الحنفي في باب الحبس = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوال الشّخْصيّة بتَاريخ 1984/12/13 فَصلاً في الطّعن رَقم 35351 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1989/4، الصفْحَة 95) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المقرّر في مبادئ الفقه الإسلامي أن الحبُس الذي يحرر وفقا للمذهب الحنفي يرخّص بالتّحْبيس على النّفس قيْد الحياة ولا تشْترط فيه الحيازة، كما أنه يسْمح بإخْراج البنات بشرْط أنه يجعل لهنّ عند الاحتياج حقّ استغلال الأملاك المحبّسة، ومنْ ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب وانتهاك قواعد الشّريعَة الإسْلاميّة في غير محلّه ويستوجب الرّفض.

إذا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الْحَال، أنّ عقد الحبس المحرّر وفقا للمذهب المذكور ينصّ على وجه الخصوص أنّ البنات الثلاثة الطّاعنات لهنّ حقّ الاستغلال في البسْتان، فإنّ قضاة الاستئناف بإثباتهم ذلك بما لهم من سلطة تقديرية في المَوْضُوع والقضاء برفض دعوى المدّعيات بررّوا ما قضوا به تبريرا كافيا}.

الْمَادّة 215 :
يُشْتَرَطُ في الوَقْفِ والموْقُوفِ ما يُشْتَرَطُ في الوَاهِبِ والموْهُوبِ طِبْقًا للمادّتين 204 (و) 205 منْ هذا القانون.

❖ المفْروض أنّ الصّياغة الصّحيحة لهذه الْمَادّة حسب المعنى المقْصود، وحسب المادّتيْن المحال عليْهما، وحسب النّصّ باللغة الفرنسية، هي :

{يُشْترطُ في الواقف والموْقوف عليْه ما يُشترط في الواهب والموْهُوب طبْقًا للمادّتين 204 (و) 205 منْ هذا القانون} =

Art. 215. - Le **constituant** d'un bien de mainmorte (waqf) et le **dévolutaire** obéissent aux mêmes règles que celles applicables au donateur et au donataire conformément aux articles 204 et 205 de la présente loi.

← الْمَادّةُ 204 المحالُ عليْهَا قبْلَه تنصُّ على أنّ الهبةَ في مرضِ الموْتِ تعتبرُ وصيّةً، وهو الحكْمُ نفْسُه بالنّسبة للوقْفِ عملا بأحْكام الْمَادّة 215 من قَانُون الأُسْرَة، أيْ أنّ الوقْفَ في مرض الموْت يُعْتبر وصيّةً، كما يجوز أنْ يشْمل الوقْفُ كلّ ممْتلكات الواقف عملا بنصّ الْمَادّة 205 الموالية لها.

❖ يُشْترطُ في المحبِّس أنْ يكونَ أهْلاً للتّبرّع، مالكًا للشّيْء الموْقوف (الْمَادّة 10 من قانون الأوْقاف).

← الحُبُسُ في مَرَضِ الموْتِ يُعْتَبَرُ وَصيَّة = قرَار المَحكَمَة الْعُليَا الصّادِر عنْ غُرفَة شُؤُون الأُسْرَة بتَاريخ 1993/11/23 فَصْلاً في الطَّعْن 96675 (مَجلَّةِ المَحْكَمَةِ العُلْيَا، عَدَد خَاص باجْتِهَادِ غُرفَةِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة، 2001، الصَّفْحَة 302) وَقَد جَاءَ فيه مَا خُلاَصَتُه : {من المقرّر قانونًا أنّه يَبْطُلُ الحُبُسُ في مَرَض الموْت ويُعتبر وصيّة. ومتى كان ثابتًا، في قضية الحال، أنّ المحبِّسَ الذي أقام الحُبُسَ كان في حالة مرضٍ خطيرٍ لازَمَهُ إلى يومِ وفاتِه، وعليْه فإنّ القرارَ المنْتقدَ لمّا قضى بإلْغاء حُكم المحْكمَة القاضي ببُطْلان الحُبُسِ والقضاء من جديد برفْض الدّعْوى يكون قدْ أخْطأ في تطْبيق الشّريعة والقانون}.

➔ المحبَّس عليه :

ويُشتَرَطُ في المحبَّسِ عليه أنْ يكونَ جهةَ برٍّ وقُرْبة، ويسمَّى الوقْفُ خيْرِيًّا (عامًّا) إذا جُعلتْ فيه المنْفعةُ لجهةٍ أوْ أكثرَ من جهاتِ الخيْر، ويسمّى وقْفًا أهْليًّا (خاصًّا) إذا جُعلتْ فيه المنْفعةُ للأفْراد، فيجبُ ألا يشوبَه ما يخالفُ الشّريعة الإسْلامية كما جاء في الْمَادّة 13 من قانون الأوْقاف رقم 1991-10.

{ينْحصر حقُّ المنتفع بالعيْن الموْقوفة فيما تُنْتِجُه، وعليْه اسْتغْلالها اسْتغْلالا غيْر مُتلِفٍ للعيْن، وحقّه حقّ انتفاع لا حقّ ملْكية} حسْبما جاء في الْمَادّة 18 من قانون الأوْقاف.

الْمَادّة 216 :
يجبُ أنْ يكُونَ المالُ المحبَّسُ مَمْلُوكًا للوَاقِفِ، مُعَيَّنًا، خَاليًا من النّزَاع، ولوْ كَانَ مُشَاعًا.

❖ المالُ الموْقُوفُ : يجوز أنْ يكون المالُ الموْقُوفُ عقارًا أو منْقولاً، وأجازَ المالكيةُ وقْف المنفعَة أيْضًا، وهو ما أخذ به قانون الأوْقاف رقم 1991-10 في الْمَادّة 11 منْه التي أوْضحت بأنّ مَحلّ الوَقْف يجبُ أنْ يكونَ "معلومًا محددا ومشْروعا"، وإذا كان المال مشاعا تتعيّن قسْمته. {ولا يجوز التّصرّف في أصْل الملْك الوقْفي المنْتفع به بأيّة صفة من صفات التصرّف، سواء بالبيْع أو الهبة أو التنازل أو غيرها} حسب نصّ الْمَادّة 23 منه، وأمّا تعْويض العين الموْقوفة أو استبدالها فيحْكمه نصّ الْمَادّة 24 بعدها.

وأنْ يكون الموْقوف ممّا يُنتفَع به مع بقاء عيْنه، فإذا كان الانتفاع به يقْتضي اسْتهلاكه (كالطعام يؤكل) فلا يصحّ وقْفه "لأَنَّ الْوَقْفَ تَحْبِيسُ الأَصْلِ وَتَسْبِيلُ الْمَنْفَعَةِ" كما يقول الفقهاء.

← شُرُوطُ صِحَّةِ الوَقْفِ = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1988/11/21 فَصلاً في الطّعن رَقم 46546 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/1991، الصّفْحَة 59) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المُقرّر شَرْعًا وَقَانُونًا أنّه يشْترط في الواقف أنْ يكون أهْلا للتبرّع رشيدا لا مكْرها، ويشْترط في المال المحبّس أنْ يكون مملُوكا للواقف، معيّنا خاليا من النّزاع، ومنْ ثمّ فإنّ القَضَاءَ بمَا يُخَالفُ هَذَا المَبْدَأ يُعَدّ خَرقًا لأَحكَام الشّريعَة الإسْلاميّة والقَانُون. ولمّا كَانَ الثّابتُ، في قَضيّة الحَال، أَنّ المُحبّس كان عمره 99 سنة مريضا بصيرا (أي أعمى)، وأنّ قطعة الأرض المحبّسة ملك لشخص آخر، فإنّ قضاة المجلس الذين قضوا بتصحيح عقد الحبس خالفوا أحكام الوقف والقانون}.

← شرُوطُ صِحّةِ الوَقْف = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 1993/09/28 فَصلاً في الطّعن رَقم 94323 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 2/1994، الصّفْحَة 76) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : من المقرّر شَرْعًا وقانونا أنْ يكون المال المحبّس ملْكا للواقف وإلاّ لما جاز له أنْ يحبّسه، وأنْ يكون معيّنا غيْر مجْهول وخاليا منْ كلّ نزاع. ومنْ ثمّ فإنّ عقْد الحبس الذي شمل مال المحبّس مع مال أخيه، في قضية الحال، لا يكون باطلا إلا بالنسبة لأخ المحبّس المدعو (س) لكنّه صحيح بالنسبة للمال المملوك له. وعليه فإن قضاة المجلس لم يسببوا قراريْهما المطعون فيهما بشكل مقبول مما يستوْجب نقْضهما (القرار الثاني يتعلق برفض التماس إعادة النظر)}.

المَادّة 217 : يَثبُتُ الوَقْفُ بمَا تثبُتُ بهِ الوَصِيَّةُ طبْقًا للمَادّة 191 منْ هذا القانون.



◄ أيْ يثبت الوقْف مثل الوصيّة : 1- بتصْريح أمام المُوثّق وتحْرير عقْد بذلك، (و) 2 - وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت بحكْم، ويؤشّر به على هامش أصْل الملكيّة. والكتابة قد نص عليها القانون كوسيلة إثْبات وليْست شرْطا أوْ ركْنا لقيام التّصرّف، وهو ما أكّده قانون الأوْقاف في المادّة 12 منه.

◄ عقْدُ الحُبُس لا يَخْضَعُ للرّسْميّة = قرار المحكَمة العُليا الصّادر عنْ غُرفة شؤُون الأُسْرَة بتاريخ 1999/11/16 فصْلاً في الطّعْن 234655 (مَجلّةِ المحْكمةِ العُلْيا، عَدَد خاص باجْتِهاد غُرفةِ الأحْوالِ الشّخْصيّة، 2001، الصّفْحَة 314) وقد جاءَ فيه ما خُلاصتُه : {من المستقرّ عليه أنّ عقْد الحبس لا يخْضع للرّسْميّة لأنّه منْ أعْمال البرّ التي تدخل في أوْجه البرّ المختلفة المنْصوص عليْها شرْعا. ومتى تبيّن، في قضية الحال، أنّ عقْد الحبس العرفي أقامه المحبّس سنة 1973 طبْقا للمذهب الحنفي فإنّ قضاة المجلس لما قضوْا بإلغاء الحبس المذْكور على اعتبار أنه لم يفْرغ في الشّكْل الرّسْمي فإنهم أخطأوا في قضائهم وعرّضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني لعدم إمكانية تطبيق قانُون الأسْرَة بأثر رجعي}.

المادّة 218 :
يُنَفّذُ شَرْطُ الوَاقِفِ ما لمْ يتنَافَ ومُقتَضَيَاتِ الوقْفِ شَرْعًا، وإلاّ بَطُلَ الشّرْطُ وبَقِيَ الوَقْف.

❖ وقد فَصّلت ذلك المواد 14 إلى 16 من قانون الأوْقاف رقم 91-10 بقوْلها أنّ اشتراطات الواقف التي يشْترطها في وقْفه هي التي تنظّم الوقْف ما لمْ يردْ في الشّرِيعة نهْي عنها، وأجازت للقاضي أنْ يُلْغي أيَّ شرْطٍ منافٍ لمقتضَى الوقْفِ أوْ ضارٍّ بمحلِّ الوقْفِ أوْ بمصْلحةِ الموْقوفِ عليه.

المَادَّة 219 :

كلُّ ما أحدَثَهُ المحَبَّسُ عليه مِنْ بنَاءٍ أوْ غرْسٍ في الحُبُسِ يُعْتبَر من الشّيْءِ المحبَّس.

◄ النصّ تناول ما يحْدثه المحبَّس عليْه فقطْ، ولمْ يتناولْ ما يحْدثه المحبّس أو المسْتأجِر (وللفقهاء في ذلك اجْتهادات مخْتلفة)، بيْنما أكّدت المَادّةُ 25 هذا الحكْمَ دون الاقْتصار على ما يُحْدثه المحبَّس عليه فقطْ.

➜ يَستَمِرّ الحبُسُ قائمًا حتّى ولوْ وَقعَ الْبناءُ على الأرْض المحبّسة =

❖ قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغرفة العقارية بتَاريخ 2002/10/23 فَصلاً في الطّعن رَقم 235094 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضَائية، العَدَد 2/2004، الصّفْحَة 275) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : تُلْحق البناية المشيّدة على أرْضٍ محبّسةٍ بجوْهر المال المحبّس، ويسْتمرّ الحُبُس قانونا، مهْمَا كان مَنْ شيّدَ البناية}.

❖ قرار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغرفة العقارية بتَاريخ 2005/05/18 فَصلاً في الطّعن رَقم 290875 (مَنشُور بالمَجَلّة القَضَائية، العَدَد 1/2005، الصّفْحَة 331) وَقَد جَاءَ فيه : {الْمَبْدَأ : لا يمْكن أنْ يكون للبناءات المشيّدة لاحقا على أرْضٍ محبّسةٍ طابع مخالف لطبيعة الأرْض المحبّسة}، وفي قضية الحال فإنّ أحد الأخويْن المحبَّس عليْهما قام ببناء مسْكن فوْق الأرْض المحبّسة، ثُمَّ قام برفع دعْوى لطرْد أخيه من ذلك السّكن على أساس أنّه قد أنْجزه من ماله، وقد ذهب قضاة المَوْضُوع إلى توْجيه اليمين إلى المدّعي للتّأكّد من صحّة تصريحاته بأنّ المسْكن بُني بماله، وقد أعادت المحكمة العليا إعْطاء التّكييف المناسب للنّازلة، وأكّدتْ بقاء الحبس وعدم جواز أنْ يَطْرد أحدُ المحبّس عليهما الطّرفَ الآخر.



المَادّة 220 :

يبْقَى الحبُسُ قائِمًا مَهْمَا طَرَأَ عَلَى الشَّيْءِ المحبَّسِ تغْيِيرٌ فِي طبيعتِهِ.

وإذا نتَجَ عن التّغْيير تعْويضٌ ينْزِلُ مَنْزِلةَ الحُبُسِ.

➜ أمْلاكُ الوَقْفِ لا تُقَسَّم = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ الغرفة العقارية بتَاريخ 2009/02/11 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 501389 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2009، الصّفْحَة 232) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : الأمْر بقسْمة الأمْلاك العقارية المحبّسة خرْق للقانون}.

➜ أمْلاكُ الوَقْفِ لا تُقَسَّمُ على الورَثة = قرَار المَحكَمَة العُليَا الصّادر عَنْ غُرفَة الأَحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2012/12/13 فَصلاً فِي الطّعن رَقم 708046 (مَنشُور بالمَجلّة القَضَائية، العَدَد 1/2013، الصّفْحَة 266) وَقَد جَاءَ فيه : {المَبْدَأ : تؤول العقارات المحبّسة للمحبّس عليهم. لا تُقَسَّمُ العقاراتُ المحبَّسَةُ على الورثة حسب الفريضة}.

◄ إذا صدر الوقْفُ مسْتكْملا لشرُوطه أصْبحَ لازمًا ولا يجوزُ للواقف أنْ يتراجعَ عنْه أوْ أنْ يتصرَّفَ فِي العيْن الموْقوفة.

◄ وقد تناول قانونُ الأوْقاف رقم 1991-10 أحْكامَ مبْطِلاتِ الوقْفِ (المواد 27 إلى 32)، ونظامَ ناظِرِ الوقْفِ (المواد 33 و34).



الْفَصْلُ الرَّابِعُ - أَحْكَامٌ خِتَامِيَّة

الْمَادّة 221 :

يُطَبّقُ هذا القانونُ على كلِّ المواطنِينَ الجزائريين وعلى غيْرِهم من المقيمِين بالْجزائِر مع مراعاة الأحْكام الواردة في القانون المدني.

❖ الأحْكام الواردة في القانون المدني هي الْمادّة 16 منه (عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005) :

{يَسْري على الميراثِ والوصيّةِ وسائرِ التصرّفاتِ التي تنفّذُ بعْدَ الموْتِ قانونُ جنْسية الهالكِ أو الموصِي أوْ مَنْ صَدَرَ منه التّصرّفُ وقْتَ موْتِه.

ويسْري على الهبةِ والوقْفِ قانونُ جنْسيةِ الواهِبِ أو الواقِفِ وقْتَ إجْرائهما}.

الْمادّة 222 :

كلُّ ما لمْ يردْ النّصُّ عليْه في هذا القانون يُرْجَعُ فيه إلى أَحْكَام الشّريعَة الإسْلامية.

❖ لمْ يَتطرّقْ المشرّعُ إلى احْتمال وُجُود أحْكامٍ مخْتلفةٍ في بعْض المسائل ضمْن أحْكام الشّريعة الإسْلامية حسب اخْتلافِ المذاهبِ والأزْمنةِ والفقهاء، والرّاجحُ بالنّسبة للقضاء الجزائري أنْ يكونَ الرّجُوع إلى أحْكامِ المذْهبِ المالكِي بالدّرجةِ الأولى نظرًا لأنه هو السّائد والمعْمُول به في الجزائر (وفي بلاد المغْرب العربي)، إلى جانبِ المذْهب الأباضِي بالنّسبة للمواطنين الذين يعْملُون بموجبه.

← من أمْثلة الرّجوع إلى أحْكام الشّريعَة الإسْلاميّة : لا رُجُوعَ للأبوَيْن في الهبة إذا ماتَ الولَدُ الموْهُوبُ له = قرَار المَحكَمَة العُليَا

الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/03/10 فَصلاً في الطّعـن رَقـم 613091 (مَنـشُور بالمَجَلّـة القَـضَائية، العَـدَد 2/2011، الـصّفْحَة 278) (اجتهـاد ممتـاز) وَقَـد جَـاءَ فيـه : {المَبْـدَأ : لا يملك الواهبُ وفْقًا للشّريعَة الإسْلاميّة حقّ الرّجوع عن الهبة بعد وفاة ولده الموْهوبِ له} (انظر هامش المَادّة 211 قبله).

➜ أو : لا يجـوز التّراجُـعُ عـن الوَقْـف = قـرَار المَحكَمَـة العُليَـا الصّادر عَنْ غُرفَة الأحوَال الشّخْصيّة بتَاريخ 2011/07/14 فَصلاً في الطّعـن رَقـم 692342 (مَنـشُور بالمَجَلّـة القَـضَائية، العَـدَد 2/2011، الـصّفْحَة 302) (اجتهـاد ممتـاز) وَقَـد جَـاءَ فيـه : {المَبْـدَأ : لا يجـوز التراجـع عـن الوقْـف الـصّحيح باعتْبـاره صـدقةً مؤَبَّدَة} (انظر هامش المَادّة 213 قبله).

المَادّة 223 :

تُلغَى جميعُ الأحْكَامِ المخالفةِ لهذا القَانون.

المَادّة 224 :

يُنْشَرُ هذا القـانونُ في الجَريـدةِ الرّسْميةِ للجُمْهوريـةِ الجَزائريـةِ الدّيمقراطيةِ الشّعْبيةِ.

حرّر بالْجزائر في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984.

الشّاذلي بنْ جديد

الْمَرْسُومُ التّنفيذي رقم 06-154

المؤرّخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 11 مايو سنة 2006، يحدّد شروط وكيفيات تطبيق أحكام الْمَادّة 7 مُكَرَّر من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 رمضان عام 1404الموافق سنة 1984 والمتضمّن قانون الأُسْرَة.

إنّ رئيس الحكومة،

- بناء على تقرير وزير العدل، حافظ الأختام،

- وبناء على الدستور، لاسيما المادتان 4 -85 و125الفقرة (2) منه،

- بمقتضى الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 والمتعلق بالحالة المدنية،

- وبمقتضى الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأُسْرَة، المعدل والمتمم، لاسيما أحكام الْمَادّة 7 مُكَرَّر منه،

- وبمقتضى القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى القانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006 والمتضمن تنظيم مهنة الْمُوَثّق،

- وبمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 04-136 المؤرخ في 29 صفر عام 1425 الموافق 19أبريل سنة 2004 والمتضمن تعيين رئيس الحكومة،

- وبمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 05-161 المؤرخ في 22 ربيع الأول عام 1426 الموافق أول مايو سنة 2005 والمتضمن تعيين أعضاء الحكومة،

يرسّم ما يأتي :

الْمَادّة الأولى :

يَهْدفُ هذا المرْسومُ إلى تحْديد شروط وكيْفيّات تطْبيق أحْكام الْمَادّة 7 مُكرَّر من القانون رقْم 84-11 المؤرّخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمذْكور أعْلاه.

الْمَادّة 2 :

يجب على كلّ طالبٍ من طالبي الزّواج أنْ يقدّم شهادة طبّية لا يزيد تاريخها عنْ ثلاثة (3) أشْهر تثبت خضوعه للفحوصات الطّبية المنْصوص عليها في هذا المرْسوم.

يسلّم الشهادة المنصوص عليها في هذه الْمَادّة طبيب حسب النموذج المرفق بهذا المرْسوم.

الْمَادّة 3 :

لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في الْمَادّة 2 أعلاه إلا بناء على نتائج :

- فحص عيادي شامل،

- تحليل فصيلة الدم (ABO + rhesus).

الْمَادّة 4 :

يمكن أن ينصبّ الفحْص الطبي على السّوابق الوراثية قصْد الكشْف عنْ بعْض العيوب و/ أوْ القابلية للإصابة ببعْض الأمْراض.

وزيادة على ذلك، يمْكن أنْ يقْترح الطبيبُ على المعني إجراء فحوصات للكشْف عنْ بعْض الأمْراض التي يمْكن أنْ تشكّل خطر الانتقال إلى الزّوْج و/ أَوْ الذّرّيّة، وذلك بعد إعْلامه بمخاطر العدْوى منها.

الْمَادّة 5 :

يبلغ الطبيب الشخْص الذي خضع للفحْص بملاحظاته ونتائج الفحوصات التي تمّ إجراؤها طبْقا للمادّة 3 أعْلاه، ويتمّ إعْداد شهادة طبية بذلك تسلّم إلى المعني.

الْمَادّة 6 :

لا يجوز للموثق أَوْ ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

الْمَادّة 7 :

يجب على الْمُوَثّق أَوْ ضابط الحالة المدنية التأكّدُ من خلال الاستماع إلى كلا الطّرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كلّ منهما وبالأمْراض أَوْ العوامل التي قدْ تشكّل خطرا يتعارض مع الزّواج ويؤشّر بذلك في عقْد الزواج.

لا يجوز للموثق أَوْ ضابط الحالة المدنية رفضُ إبرام عقد الزواج لأسْباب طبية خلافاً لإرادة المعنيين.

الْمَادّة 8 :

ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 11مايو سنة 2006.

أحمد أويحيى

نموذج شهادة طبية ما قبل الزواج

(معدة تطبيقا لأحكام الْمَادّة 7 مُكَرَّر من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأُسْرَة)

أنا المضي أسفه الدكتور :

الاسم واللقب : ....

دكتور في الطب : ....

الممارس في : ....

العنوان : ....

أشهد أنني فحصتُ لغرض الزواج :

....

المولود(ة) في : ....

الساكن (ة) ب : ....

بطاقة التعريف الوطنية رقم : .... الصادرة في .... ب

....

أعددت هذه الشهادة بعد فحص عيادي شامل وبعد الاطلاع على نتائج الفحوص الآتية :

- فصيلة الدم (ABO + rhesus)

أصرح كذلك أنني :

- أَعلمتُ المعني (ة) بنتائج الفحوصات الطبية التي خضع (ت) لها وبكل ما من شأنه أن يقي أَوْ يقلل الخطر الذي قد يلحق به أَوْ بزوجه أَوْ بذريته.

- لَفَتُّ انتباه طالبة الزواج إلى مخاطر مرض الحميراء الذي يمكن أن تتعرض له أثناء فترة الحمل.

- أَكدتُ على عوامل الخطر بالنسبة لبعض الأمراض.

سلمت هذه الشهادة للمعني (ة) شخصيا لاستعمالها والإدلاء بها في حدود ما يسمح به القانون.

حرر ب .... في ....

القانون رقم 15-01 المتضمّن إنشاء صندوق النّفقة

المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق 4 يناير سنة 2015،

إنّ رئيس الجمهورية،

- بناء على الدستور، لاسيما المواد 119 و122 و125 الفقرة 2 و126 منه،

- وبمقتضى الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 والمتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى الأمر رقم 71-57 المؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1391 الموافق 5 غشت سنة 1971 والمتعلق بالمساعدة القضائية، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى القانون رقم 84-17 المؤرخ في 8 شوال عام 1404 الموافق 7 يوليو سنة 1984 والمتعلق بقوانين المالية، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى القانون رقم 90-21 المؤرخ في 24 محرم عام 1411 الموافق 15 غشت سنة 1990 والمتعلق بالمحاسبة العمومية، المعدل والمتمم،

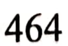
- وبمقتضى القانون رقم 90-36 المؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1411 الموافق 31 ديسمبر سنة 1990 والمتضمن قانون المالية لسنة 1991، المعدل والمتمم، لاسيما المادة 147 منه،

- وبمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،

- وبعد رأي مجلس الدولة،

- وبعد مصادقة البرلمان،

يصدر القانون الآتي نصه :





الفصل الأول - أحكام عامة

المادّة الأولى :

يهدف هذا القانون إلى إنشاء صندوق النفقة وتحديد إجراءات الاستفادة من مستحقاته المالية.

المادّة 2 :

يقصد، في مفهوم هذا القانون، بالمصطلحات الآتية :

- **النفقة** : النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة،

- **المستحقات المالية** : المبلغ الذي يدفعه صندوق النفقة للدائن بها والذي يساوي مبلغ النفقة وفقا لتعريفها المحدد أعلاه،

- **المستفيد أو الدائن بالنفقة** : الطفل أو الأطفال المحضونون ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة، وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة،

- **المدين بالنفقة** : والد الطفل أو الأطفال المحضونين أو الزوج السابق،

- **سقوط حق الاستفادة من المستحقات المالية** : سقوط الحق في الحضانة أو انقضاؤها طبقا لأحكام قانون الأسرة أو ثبوت دفع النفقة من قبل المدين بها،

- **المصالح المختصة** : المصالح الولائية المكلفة بالنشاط الاجتماعي التابعة للوزارة المكلفة بالتضامن الوطني،

- **القاضي المختص** : القاضي رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليميا.

المادّة 3 :

يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد، إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة، بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته.

يثبت تعذر التنفيذ بموجب محضر يحرره محضر قضائي.

الفصل الثاني - إجراءات الاستفادة من المستحقات المالية

المادّة 4 :

يقدّم طلب الاستفادة من المستحقات المالية إلى القاضي المختص، مرفقا بملف يتضمن الوثائق التي تحدد بموجب قرار مشترك بين وزير العدل، حافظ الأختام والوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتضامن الوطني.

المادّة 5 :

يبتّ القاضي المختصّ في الطلب بموجب أمر ولائي، في أجل أقصاه خمسة (5) أيام من تاريخ تلقّيه الطلب.

يبلغ هذا الأمر، عن طريق أمانة الضبط، إلى كل من المدين والدائن بالنفقة والمصالح المختصة، في أجل أقصاه ثمان وأربعون 48 ساعة من تاريخ صدوره.

يفصل قاضي شؤون الأسرة في أيّ إشْكال يعترض الاستفادة من المستحقات المالية المنصوص عليها في هذا القانون، بموجب أمر ولائي، في أجل أقصاه ثلاثة 3 أيام من تاريخ إخطاره بالإشكال.

المادّة 6 :

تتولّى المصالح المختصة الأمر بصرف المستحقات المالية للمستفيد، في أجل أقصاه خمسة وعشرون 25 يوما، من تاريخ تبليغ الأمر المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 5 من هذا القانون لاسيما عن طريق تحويل بنكي أو بريدي.

تستمر المصالح المختصة في صرف المستحقات المالية للمستفيد شهريا، إلى حين سقوط حقه في الاستفادة منها.

في حالة توقّف المدين بالنّفقة عن تنفيذ الأمر أو الحكم القاضي بالنفقة بعد شروعه فيه، طبقا لأحكام الفقرة 2 من هذه المادة، المثبت بموجب محضر معاينة حرّره محضر قضائي، تواصل المصالح المختصة صرف المستحقات المالية، بناء على أمر ولائي صادر عن القاضي المختص والمبلغ طبقا للكيفيات المحددة في الفقرة 2 من المادة 5 أعلاه.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة، عند الاقتضاء، عن طريق التنظيم.

المادّة 7 :

يتعين على المستفيد و/أو الدائن بالنفقة إعلام القاضي المختص بأي تغيير يطرأ على حالتهما الاجتماعية أو القانونية من شأنه احتمال التأثير في استحقاق النفقة وذلك خلال عشرة 10 أيام من تاريخ حدوثه.

يفصل القاضي المختص في مدى تأثير هذا التغيير على استحقاق النفقة بأمر ولائي، يبلّغ إلى المدين والدائن بالنفقة والمصالح المختصة، عن طريق أمانة الضبط، في أجل أقصاه ثمان وأربعون 48 ساعة من تاريخ صدوره.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة، عند الاقتضاء، عن طريق التنظيم.

المادّة 8 :

يبلّغ القاضي المختصّ المصالح المختصّة، عن طريق أمانة الضّبط، بالحكم أو القرار القضائي المتضمن مراجعة مبلغ النفقة في أجل أقصاه ثمان وأربعون 48 ساعة من تاريخ صدوره.

المادّة 9 :

يتولى أمين الخزينة للولاية تحصيل المستحقات المالية لصالح صندوق النفقة من المدينين بالنفقة، بناء على أمر بالإيراد تصدره المصالح المختصة وفقا للأحكام المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

الفصل الثالث - أحكام مالية

المادّة 10 :

يفتح في كتابات الخزينة حساب تخصيص خاص رقمه 302-142 وعنوانه "صندوق النفقة".

ويقيد في هذا الحساب :

في باب الإيرادات :

- مخصصات ميزانية الدولة،
- مبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من المدين ينبها،
- رسوم جبائية أو شبه جبائية ، تنشأ وفقا للتشريع المعمول به لفائدة صندوق النفقة،
- الهبات والوصايا،
- كل الموارد الأخرى.

في باب النفقات :

- مبالغ النفقة المدفوعة للمستفيد.

يكون الوزير المكلف بالتضامن الوطني الآمر الرئيسي بصرف هذا الحساب الذي يسير في كتابات أمين الخزينة الرئيسي وأمناء خزائن الولايات.

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

المادّة 11 :

يمكن أن يسيّر حساب التخصيص الخاص رقم 302-142 على المكشوف، غير أنه يجب تسوية رصيده المدين في آخر كل سنة مالية، كأقصى أجل بواسطة مخصص في الميزانية.

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

الفصل الرابع - أحكام نهائية

المادّة 12 :

لا تكون الأوامر الولائية المنْصوص عليها في هذا القانون، قابلة لأيّ طريق من طرق الطعن.

المادّة 13 :

لا تحول الاستفادة من أحكام هذا القانون دون المتابعة القضائية للمدين عن جريمة عدم دفع النفقة المنصوص والمعاقب عليها في قانون العقوبات.

المادّة 14 :

تطبق على الإدلاء بتصريحات غير صحيحة للاستفادة من أحكام هذا القانون، عقوبات التصريح الكاذب المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

يلزم كلّ من تسلّم مستحقات مالية بدون وجْه حقّ بردها.

المادّة 15 :

لا تطبق أحْكام هذا القانون على مبالغ النفقة المحكوم بها قبل صدوره.

المادّة 16 :

ينشر هذا القانون في الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة.

حرّر بالجزائر في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق 4 يناير سنة 2015.

عبد العزيز بوتفليقة

قرار وزاري مشترك يحدّد الوثائق التي يتشكل منها ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة

مؤرّخ في أوّل رمضان عام 1436 الموافق 18 يونيو سنة 2015.

إن وزير العدل، حافظ الأختام،

ووزير المالية،

ووزيرة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة،

- بمقتضى القانون رقم 09-08 المؤرّخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،

- وبمقتضى القانون رقم 15-01 المؤرّخ في 13 ربيع الأوّل عام 1436 الموافق 4 يناير سنة 2015 والمتضمّن إنشاء صندوق النفقة، لاسيما المادّة 4 منه،

- وبمقتضى المرسوم الرّئاسيّ رقم 125- 15المؤرّخ في 5 رجب عام 1436 الموافق 14 مايو سنة 2015 والمتضمّن تعيين أعضاء الحكومة،

- وبمقتضى المرسوم التّنفيذيّ رقم 54-95 المؤرّخ في 15 رمضان عام 1415الموافق 15فبراير سنة 1995 الّذي يحدّد صلاحيات وزير الماليّة،

- وبمقتضى المرسوم التّنفيذيّ رقم 332-04 المؤرّخ في 10 رمضان عام 1425 الموافق 24أكتوبر سنة 2004 الّذي يحدّد صلاحيات وزير العدل، حافظ الأختام،

- وبمقتضى المرسوم التّنفيذيّ رقم 134-13المؤرّخ في 29 جمادى الأولى عام 1434 الموافق 10 أبريل سنة 2013 الذي يحدّد صلاحيات وزير التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة،

يقرّرون ما يأتي :

المادّة الأولى :

تطبيقا لأحكام المادّة 4 من القانون رقم 15-01المؤرّخ في 13 ربيع الأوّل عام 1436 الموافق 4 يناير سنة 2015 والمتضمّن إنشاء صندوق النفقة، يهدف هذا القرار إلى تحديد الوثائق التي يتشكل منها ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة.

المادّة 2 :

يتضمّن ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة الموجه إلى القاضي، رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليميا، الوثائق الآتية :

- طلب الاستفادة وفقا للنموذج الملحق بهذا القرار الذي يوضع تحت تصرف المستفيدين إلكترونيا،

- نسخة من الحكم القضائي بالطلاق ونسخة من الأمر أو الحكم الذي أسند الحضانة ومنح النفقة إذا لم يتضمّن حكم الطلاق ذلك،

- محضر إثبات تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته،

- صك بريدي أو بنكي للمستفيد مشطبا عليه إذا اختار المستفيد هذه الطريقة للدفع.

المادّة 3 :

يطلب القاضي الوثائق المذكورة في المطة 2 من المادّة 2 أعلاه، إذا لم توجد في الملف، من الجهة القضائية التي أصدرتها بكل الطرق، لاسيما عن الطريق الإلكتروني وفقا للتشريع المعمول به.

المادّة 4 :

إذا كان الطلب المنصوص عليه في هذا القرار، يشمل نفقة المرأة المطلقة ونفقة الطفل أو الأطفال المحضونين من طرفها، يقدم ملف واحد للاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة.

المادّة 5 :

ينشر هذا القرار في الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة الديمقراطيّة الشّعبيّة.

حرّر بالجزائر في أوّل رمضان عام 1436 الموافق 18 يونيو سنة 2015.

وزير العدل، حافظ الأختام، الطيب لوح.

وزير المالية عبد الرحمان بن خالفة.

وزيرة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة مونية مسلم.



للمؤلف، عند دار هومة:

- إثبات الجريمة في التّشريع الجزائريّ.
- الطّعن بالنّقض في التّشريع الجزائريّ.
- جرائم التّزوير في التشريع الجزائري.
- دليل القضاة للحكم في الجنح والمخالفات (في جزأين).
- جرائم الآداب والفسوق والدّعارة في التّشريع الجزائريّ.
- قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائريّ على ضوء الاجتهاد القضائيّ (في جزأين).
- قانون حماية الطّفل في الجزائر، تحليل وتأصيل.
- جرائم العنف الماسّة بسلامة جسم الإنسان في قانون العقوبات الجزائريّ.
- قانون الأسرة الجزائريّ، دليل القاضي والمحامي.



للطباعة والنشر والتوزيع
34 حي لابروبيار - بوزريعة - الجزائر
الهاتف: 021 94 17 75 / 021 79 91 84 الفاكس: 021 94 19 36 / 021 94 41 19
www.editionshouma.com
e-mail:info@editionshouma.com

5/557

ردمك: ISBN: 978-9931031932
9 789931 031932

السّعر: 1210 دج